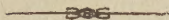


LES POUVOIRS DU JUGE en droit canonique



Contribution historique et doctrinale
à l'étude du canon 20
sur la méthode et les sources en droit positif



THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Charles LEFEBVRE

Licencié ès-Lettres



Président : M. G. LE BRAS, Professeur

Suffragants

MM. OLIVIER-MARTIN, Professeur.

GRANDCLAUDE, Professeur.



LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

Société Anonyme

22, rue Soufflot, PARIS (5^e)

—
1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES POUVOIRS DU JUGE

en droit canonique

Contribution historique et doctrinale
à l'étude du canon 20
sur la méthode et les sources en droit positif

LES POUVOIRS DU JUGE en droit canonique

Contribution historique et doctrinale
à l'étude du canon 20
sur la méthode et les sources en droit positif

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 28 Mai 1938, à 14 heures

PAR

Charles LEFEBVRE

Licencié ès-Lettres

Président : M. G. LE BRAS, Professeur

Suffragants } MM. OLIVIER-MARTIN, Professeur.
 } GRANDCLAUDE, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

Société Anonyme

22, rue Soufflot, PARIS (5°)

—
1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

L'une des questions les plus agitées par les juristes contemporains est celle des pouvoirs à reconnaître au juge. Les uns (1) tendent à réduire la fonction judiciaire à l'application pure et simple du droit positif. Ce dernier renfermerait en lui-même, au moins implicitement, des principes de solution pour tous les cas qui peuvent se poser : à l'interprète, au juge, d'y choisir les mieux appropriés à l'hypothèse qu'ils doivent trancher. Mais, défense est faite de modifier les dispositions de la loi, défense aussi de recourir à une autre source, d'appliquer des principes différents de ceux qu'à consacrés le Code (2). Pour d'autres, au contraire, la loi n'est qu'un critère, un élément qu'il faut non seulement interpréter, mais aussi qu'il faut savoir adapter suivant les circonstances aux cas envisagés. Le juge a mission de faire le droit, et il ne se contente pas de l'appliquer : ayant l'équité devant les yeux, il sera toujours soucieux d'adapter la législation aux exigences de la vie ; et l'on a été jusqu'à parler de « gouvernement des juges » (3).

La solution admise communément en France, en Belgique et en Allemagne (4) est intermédiaire entre ces deux extrêmes : le juge doit

(1) J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse*, p. 128 s. — B. Donati, *Il problema delle lacune*. — C. Gangi, *Il problema delle lacune*, p. 137 s. — H. Kelsen, *Fondamenti*, p. 16. — Voir l'abondante bibliographie citée par chacun de ces auteurs. — Bergbohm, *Jurisprudenz*, vol. I, pp. 371-392. — B. Windscheid, *Pandekten*, t. I, § 23, p. 107. — De Ruggiero, *Istituzioni*, p. 155 s. — Groppali, *Istituzione*. — Dusi, *Istituzione*. — La réédition d'Aubry et Rau, par E. Bartin, note simplement les importants ouvrages de M. Géný, p. 236, note 1.

(2) Ce problème est aussi un aspect d'un problème beaucoup plus général : celui de savoir dans quelle mesure l'Etat est la source et le fondement dernier de toute législation. Si la seule législation positive consacrée par lui (Etat ou Eglise) peut être retenue par le juge, l'Etat ou l'Eglise se confond avec la Justice : lui seul ou elle seule peut décider ce qui est juste et tout droit en émane. Si, par contre, d'autres sources positives sont admises, sans d'ailleurs que le rôle nécessaire de l'Etat ou de l'Eglise soit touché, il devra se reconnaître soumis à une Justice supérieure qu'il lui faut respecter.

(3) G. Cornil, *Le droit privé*. — H. de Page, *De l'interprétation*, I, p. 45. — Idem, *A propos du gouvernement des juges*. — En Allemagne, les tenants de l'école du « freies Recht ». Cf. F. Géný, *Méthode*, II, pp. 330 ss. — E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung*. — Id., *Die richterliche Rechtsfindung*, pp. 11 ss. — Id., *Die juristische Logik*, p. 215. — E. Fuchs, *Die Justiz*, II, p. 333. Ce dernier souhaite pour le juge des pouvoirs identiques à ceux du préteur romain, et qui lui permettent de restreindre, étendre, déterminer et compléter la loi, bref, de « faire le droit ».

(4) F. Géný, *Méthode*, t. II, p. 284. — J. Bonnecase, *L'Ecole de l'Exégèse*, p. 128 s. — Idem, *La pensée juridique française*, t. I, nn. 232 ss. La première solution serait aussi abandonnée en Allemagne suivant F. Géný, ib. t. II, p. 361. — Voir, en sens contraire, C. Gangi, o. c., pp. 139 s. nn. 1. 3. — H. Kelsen, o. c.,

avant tout s'en tenir au droit positif, à la loi. Pour résoudre les cas que celle-ci n'a pas nommément prévus, une autre source doit être reconnue à côté de la législation : l'équité. Le juge rendra à sa lumière et sous sa direction ses arrêts en faisant pour le compte des justiciables le travail que devait faire le législateur. Cette dernière solution ne va pas toutefois sans entraîner de sérieuses difficultés : outre que l'équité est une cause d'insécurité pour les justiciables en raison de la liberté de manœuvre concédée aux dépositaires du pouvoir judiciaire, elle expose ces derniers au reproche de partialité, ceci ne peut être que nuisible à la réputation de la magistrature.

Une double incertitude règne ainsi en ce qui concerne les pouvoirs du juge : d'abord, sont-ils simplement restreints à l'application de la loi ; ensuite, dans le cas où une certaine liberté leur serait laissée, celle-ci est-elle pratiquement illimitée ?

Aussi, peut-il être intéressant de rechercher quels sont sur ces points les solutions admises par le droit canonique. Ses rapports avec notre droit sont connus : ils ont tous deux, dans une certaine mesure, même origine, puisqu'ils procèdent l'un et l'autre du droit romain, l'esprit qui les anime est donc partiellement, au moins, identique ; de plus, l'évolution qu'ils ont suivie a été longtemps parallèle ; en outre, le droit canonique a déjà beaucoup influé sur le droit civil (1) ; et, enfin, sur le sujet que nous traitons, il paraît nettement favorable à la tendance suivie en France et en Belgique.

D'ailleurs, d'un point de vue plus général, sa réponse a d'autant plus d'intérêt que la législation canonique admet dans la coutume une source de même valeur que la loi (2). La coutume entraîne les mêmes effets que la loi positive ; elle y est plus qu'une source subsidiaire, comme dans le droit italien (3), par exemple ; elle est mise tout-à-fait sur le même pied que la loi, à laquelle elle peut sous certaines conditions déroger (4). La réponse du droit canonique à la question de savoir

p. 16 et 41. — La lutte est assez vive encore en Italie. Cf. R. Luzzato, *Sull' asserita completezza*, p. 17 s. — C. Gangi, o. c., p. 142 ss. — On connaît l'art. 1 du code civil suisse. Cf. F. Gény, o. c. l. c. pp. 368 ss. — A. Martin, *Observations*. — Aussi l'opportunité de cet article est-elle discutée. Les premiers résultats de cette expérience sont exposés par Cl. du Pasquier, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse*. — M. Rotondi, *L'équité*. — Sur la situation dans les pays de droit coutumier, voir J. Dickinson, *The problem*, pp. 503 ss. — L. Enneccerus, *Burger. Rechts*, I, § 53, p. 121 s.

(1) E. Glasson, *Hist. du droit*, t. V (1893), p. 171 s. ; E. Chénon, *Hist. gén.* t. I (1926), p. 531 s. ; E. Chénon (Olivier-Martin), o. c. t. II (1929), p. 320 s. ; G. d'Epinay, *De l'influence du droit canonique*, passim ; un article de la *Rev. hist.*, H. Aubé, 1859, p. 121 s. ; R. Génestal, *L'enseignement du droit canonique*, dans *Rev. de l'hist. des relig.*, t. 69, 1914, p. 54 ; sur quelques récents et importants travaux à ce sujet, voir A. Van Hove, I, p. 278. — F. Cimetier, *L'étude du droit canonique*, *Acta cong. iur. intern.*, vol. IV, p. 534 s.

(2) Cc. 25 ss. — A. Van Hove, *De consuetudine*. — R. Wehrle.

(3) Art. 10.

(4) Cc. 27 et 30. Sur ces dérogations de la coutume, cf. A. Van Hove, o. c., p. 185. — Voir la théorie de l'ancien droit sur ce point plus bas, p. . — Sur le parti que les juristes sociologues escomptent tirer de ces dérogations, G. Cornil, *Le Droit privé*, p. 40. — Dans le même sens, M. Nast, *La fonction de la Jurisprudence*, p. 8 s.

si le juge doit exclusivement appliquer la législation positive offrira donc un intérêt tout particulier : en effet, si une législation qui admet plusieurs sources de droit positif, doit, elle aussi, recourir à une source indépendante du droit positif, a fortiori en est-il ainsi pour les législations qui admettent la coutume seulement à titre subsidiaire ou n'en reconnaissent même pas l'existence.

Quelles sont les solutions adoptées par le droit canonique ? S'est-il rangé à l'avis de ceux qui nient l'existence de lacunes en droit positif et affirment la plénitude et la suffisance de cet ordre ? S'est-il, au contraire, prononcé en faveur de l'équité, en l'admettant comme source de droit ? Alors, quelles dispositions prend-il pour éviter ce reproche d'arbitraire lancé si facilement aux juges qui l'utilisent ? accorde-t-il à ceux-ci comme d'ailleurs à l'interprète une pleine liberté dans leur appréciation ? ou bien impose-t-il certains repères positifs, dont il ne leur est pas loisible de s'écarter, et qui leur feront éviter tout arbitraire ? Bref, quelle fonction le Code attribue-t-il à l'équité : simple fonction interprétative et supplétive, ou fonction qui pourrait aller jusqu'à la correction du droit ?

Le Code esquisse dans le canon 20 une réponse à ces deux questions connexes. Toutefois, le texte pris isolément est insuffisant pour exposer à lui seul toute la législation à ce sujet. Il est indispensable pour bien l'interpréter de se référer à l'ancien droit. Lui seul permet, suivant en cela le canon 6 n° 2 (1), de bien préciser la législation actuelle. Nous recourrons donc tout spécialement aux arguments historiques. Une institution a, d'ailleurs, d'autant plus de valeur qu'elle a été éprouvée par de longs siècles d'existence. Ceux-ci ont affiné sa substance, car sa souplesse a été mise à l'épreuve et il lui a fallu s'adapter aux circonstances qu'elle a dû surmonter. Ainsi verrons-nous la mesure dans laquelle la loi et l'équité ont toujours été connues par la doctrine canonique ; l'une et l'autre ont sans doute subi des variations considérables au cours des âges, leur concept primitif s'est peu à peu perfectionné, tant et si bien que la place laissée à l'arbitraire du juge reste minime, qu'il s'agisse de la loi ou même de l'équité. De cette manière est toujours sauvegardé, autant que faire se peut, le double idéal de sécurité et de justice qui doit animer tout magistrat.

Ce travail n'est qu'un essai et a présenté certaines difficultés : que nous sachions, ce point de vue n'a jamais été traité en droit canonique (2) ; aussi, avons-nous seulement l'intention de rechercher quelques

(1) « *Canones qui ius vetus ex integro referunt, ex veteris iuris auctoritate, atque ideo ex receptis apud probatos auctores interpretationibus, sunt aestimandi* ».

(2) Quelques travaux font abstraction de l'histoire sur cette question : A. Ortscheid, *Essai*. — S. d'Angelo, *Le lacune*, pp. 257 ss. et 321 ss. — A. Crnca, *De lacunis legis supplendis ad normam C. I. C.*, dans *Ius Pontificium*, t. XVII, p. 182 ss. — P. Fedele, *Generalia iuris principia*.

lignes directrices qui permettront plus tard d'arriver à une meilleure compréhension et de l'interprétation en droit canonique et surtout de sa notion de Droit.

La première question, celle de l'existence de lacunes en droit positif, sera étudiée dans la première partie, où nous examinerons, d'abord la manière dont se pose le problème en droit canonique (section I), puis la nécessité de l'existence des lacunes (section II). Le fait une fois établi, les pouvoirs que possède le juge pour les combler seront déterminés dans la seconde partie (chapitre I), ainsi que les moyens prévus par le canon 20 pour lui faciliter sa tâche (chapitre II). Le droit canonique repousse la théorie progressiste énoncée plus haut : le juge n'est pas pratiquement libre de rendre la sentence qui lui plaît, quand la solution n'en est pas donnée dans la loi. Un certain nombre de moyens lui sont proposés. Parmi ceux-ci, les uns sont rationnels (troisième partie) comme l'analogie dont nous étudierons la nature (section I), les principes généraux du droit (section II), et enfin l'équité canonique qui peut, au moins, modifier les solutions rigoureuses apportées par ces derniers (section III) ; à raison de son importance, nous développerons spécialement les origines de la doctrine de l'équité, ses effets et son contenu. Nous traiterons enfin (quatrième partie) des institutions positives dont la loi impose le respect, non plus tant à l'interprète qu'au juge pour assurer la sécurité des justiciables : le style et la pratique de la Curie Romaine (section I) et l'opinion commune des docteurs (section II).

Ainsi, espérons-nous mettre en relief les conceptions du droit canonique, soucieux de garantir leurs libertés aux membres de la société religieuse; et d'assurer en même temps le règne du Droit et de la Justice.

Nous ne saurions terminer ce travail sans assurer de notre gratitude ceux qui ont bien voulu aider à son élaboration. On nous permettra de commencer par saluer la mémoire du regretté Maître Paul Fournier, qui nous a encouragé à l'entreprendre. Nous remercions tout spécialement M. le Professeur G. Le Bras, qui a accepté la présidence de cette thèse après nous avoir fait profiter de son expérience et de ses conseils, ainsi que MM. les Professeurs Olivier-Martin et Grandelaude. M. le chanoine Van Hove, Professeur de Droit canonique à l'Université de Louvain, s'est acquis un droit tout particulier à notre reconnaissance en acceptant de revoir entièrement notre travail avant son impression. Qu'il veuille bien agréer l'hommage de notre respectueuse affection. Nous remercions aussi vivement M. le chanoine Leman et M. le chanoine Naz, Professeurs à l'Université Catholique de Lille, M. F. Gillmann, Professeur à l'Université de Würzburg, et M. E. M. Meyers, Professeur à l'Université de Leyde, qui nous ont aidé de leurs conseils.

PREMIÈRE PARTIE

LE PROBLÈME DES LACUNES DE LA LÉGISLATION POSITIVE

La première partie a pour objet de rechercher si le droit canonique admet l'existence de lacunes dans la législation positive. Nous commencerons par préciser comment se présente ce problème, c'est-à-dire quand peut-on assurer que des lacunes existent ; nous examinerons ensuite la réponse du Code.

SECTION I

Les lacunes du Droit positif

La législation positive est-elle la seule source du droit ? le droit positif, loi, coutume ou principes généraux, est-il susceptible de donner à lui seul une solution à toutes les hypothèses que la complexité de la vie sociale peut faire surgir ? le juge a besoin, en effet, de pouvoirs bien différents suivant que la législation positive lui fournit seule ou non la clef des problèmes qui seront présentés devant lui. S'il trouve toujours nécessairement en elle et en elle seule le principe de solution, il est cantonné dans un rôle qui consiste à appliquer purement et simplement les textes élaborés par le législateur ou les principes qui s'en dégagent (si l'on admet qu'en ceux-ci se retrouve également d'une façon certaine l'intention du législateur). Si, au contraire, le droit positif est considéré comme impuissant à procurer, à l'exclusion de tout autre, la solution de toutes les hypothèses, le juge sera bien obligé de recourir à un principe autre que la loi. Quel sera ce dernier ? quels moyens employer pour découvrir la solution juste ? quelle méthode prendre pour y parvenir ?

On saisit ainsi toute l'importance de la question préliminaire : la législation présente-t-elle des lacunes suivant la doctrine canonique ? Cette section a pour objet de déblayer les abords du problème ; aussi examinerons-nous en premier lieu ce qu'il faut entendre par lacune en droit ; puis nous chercherons si ce problème se pose en droit canonique ou si une solution indiscutée fut toujours admise dans la législation et la tradition : nous établirons enfin le principe de solution qui permettra de préciser dans la deuxième section la réponse du droit canonique.

§ I. — COMMENT SE POSE LE PROBLÈME

Quand se produit une lacune dans le droit positif ? tel est le premier point à examiner.

Le terme de « lacune » peut être pris en trois sens différents : il

peut désigner, ou bien l'absence d'une disposition explicite du droit positif sur un point de droit, ou bien l'insuffisance des moyens existant dans la législation positive pour résoudre un cas donné, ou enfin le défaut d'un principe de solution dans le droit positif, c'est-à-dire de l'intention du législateur.

La première acception du terme est impropre. Il est trop évident que le droit positif ne peut déterminer tous les cas qui peuvent se présenter (1).

Il y a lacune au sens propre dans le droit positif, admet-on généralement (2), quand celui-ci s'avère incapable de trouver en son sein les moyens de résoudre un problème juridique. En ce cas, le système de droit n'est pas complet ; des éléments de solution lui font défaut. La législation positive n'est pas susceptible de procurer à elle seule les moyens indispensables au règlement équitable d'une hypothèse non prévue par le législateur. Le juge ne peut arriver avec le seul droit positif à résoudre un problème posé. Il lui faut recourir à d'autres éléments situés hors du système du droit. Une lacune existe donc du fait de l'absence ou de l'insuffisance des moyens mis à la disposition du juge.

On peut cependant présenter le problème d'une troisième manière : il y aurait lacune quand la solution d'un cas ne serait indiquée ni explicitement, ni implicitement dans la législation positive ; quand le principe de la solution à donner ne pourrait se tirer du droit positif, c'est-à-dire de l'intention du législateur. La différence avec la conception exposée en second lieu consiste en ce que celle-ci porte sur les moyens à employer pour résoudre le cas, il y aurait lacune de la législation positive quand les moyens fournis par elle pour donner une solution juste sont insuffisants ; la troisième, par contre, porte sur le principe même de la réponse à donner, il y a lacune quand le principe de solution ne se trouve pas dans la législation positive, mais en dehors d'elle.

On objectera que cette façon de poser le problème implique une réponse affirmative : il paraît impossible que le législateur prévoie, implicitement même, toutes les hypothèses qui pourraient se présenter. Le malheur est, qu'en fait, on le verra, de nombreux auteurs, et non des moindres, ont admis, grâce à des présomptions de volonté, que le législateur a pu prévoir n'importe quel cas (3).

La troisième manière de poser le problème nous semble la meil-

(1) Dig. I. *De legibus*. 3. l. 12. *Non possunt*. — S. Thomas, *Sum. Theol.* I. II. q. 96. a. 6 c. et ad 3.

(2) E. Zitelmann, pp. 27 ss. — F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 38.

(3) Brunetti, *Il dogma*, nie que le problème des lacunes puisse se poser. Dans le même sens, J. Defroidmont, *La science du droit positif*. — Voir la réponse de M. Rotondi dans *Mélanges Gény*, 1934, t. II, p. 421 s. — Cf. J. Dickinson, *Le problème du cas non prévu*, ib. pp. 503 ss. — Pour le problème tel qu'il s'est posé au XVI^{me} siècle, voir F. Suarez, *De legibus*, VII, c. 3, nn. 2 ss. et plus bas p. 22, note 1.

leure : il n'y aura de véritable lacune dans la législation que si le droit positif ne peut ni directement ni indirectement assurer une solution juste aux omissions inévitables du législateur. Sans nier que l'opinion communément admise paraisse plus simple, nous préférons entendre le mot « lacune » dans le sens exposé en dernier lieu, car d'abord il nous semble mieux préciser l'importance des pouvoirs à accorder aux juges et le rôle différent qu'ils auront à jouer suivant la présence ou l'absence de lacunes, puis parce qu'elle seule peut expliquer la différence de méthode à employer dans la solution des cas, enfin parce qu'elle détermine mieux le principe de solution à apporter au cas non résolu par le législateur.

Ce dont il s'agit en effet n'est pas tant de savoir si la législation pourra fournir des matériaux suffisants pour combler exactement les omissions fatales du législateur, mais, en outre, si le principe en vertu duquel le juge résoudra le cas se trouve ou non être une disposition du droit positif. De fait, parler de lois semblables, de principes généraux du droit, sans envisager l'intention du législateur qui leur insuffle la vie, n'est-ce pas parler d'éléments morts ? ne s'agit-il pas de savoir également au nom de quel principe sera tranché le cas : en vertu de la législation ou en faisant appel à une source différente de celle-ci ?

En outre, quand une hypothèse est prévue par le législateur, le juge est guidé par son intention : elle seule fait l'objet de ses recherches, elle seule aussi détermine la méthode à employer. Quand, par contre, le législateur n'a pas prévu, au moins implicitement, le cas, ce n'est plus son intention qu'il faut déterminer, ce n'est plus la portée de la loi qu'il faut préciser, car celle-ci n'existe pas. Sans doute, le juge peut utiliser le droit positif pour résoudre l'hypothèse, mais les matériaux dont il se sert tirent leur vie seulement du juste objectif qu'il s'efforce de réaliser par leur intermédiaire. Et alors sa méthode sera différente, puisque — la méthode étant fonction du but — il n'aura plus à découvrir l'intention du législateur (qui n'existe pas), ni ce que le législateur aurait décidé (car aucune disposition générale n'existe en ce sens), mais bien le juste qui s'impose.

Si, enfin, l'on envisage non plus la question de méthode, mais le fondement des pouvoirs du juge, non plus les règles à suivre par l'interprète, mais ses prérogatives, mieux vaut aussi poser le problème des lacunes en ce sens que le législateur ne peut tout prévoir, même implicitement. Quand le législateur a prévu le cas implicitement ou explicitement, le juge rendra sa sentence en vertu de l'autorité qu'il tient normalement de la loi : il s'agit en ce cas d'appliquer celle-ci, et c'est là la fonction essentielle du juge. Il en est autrement quand le législateur n'a pas prévu une hypothèse, même si le juge peut la résoudre avec des éléments tirés du droit positif. Qui osera dire qu'il applique alors uniquement la loi ? il tranche le cas en se servant d'elle, peut-

être, mais il ne l'applique pas, à strictement parler. Serait-ce appliquer la loi que de l'employer pour une fin différente de celle voulue par le législateur, pour lui donner une autre portée ?

Au fond, le reproche qui peut être adressé à la façon courante d'envisager le problème des lacunes est son inexactitude : elle transforme en un problème d'interprétation un problème de suppléance. Or, une lacune est une insuffisance. De l'aveu même des partisans de la théorie que nous combattons, la question n'est autre que celle de l'adaptation du droit positif aux nouvelles circonstances ; et qui prétendra que le droit positif peut être appliqué à un cas tout-à-fait différent de celui qui a été envisagé par le législateur ? est-ce qu'une loi portée pour un cas semblable, ou un principe général de droit, peut s'adapter exactement à une hypothèse différente de celle qui a été prévue par le législateur ? point n'est besoin d'une longue réflexion pour faire une réponse négative. Dans ce cas, le droit positif est impuissant à donner une solution, et il y a une lacune, puisqu'il faut trouver hors de son sein les éléments propres à réaliser l'adaptation postulée par la justice.

§ II. — LA RÉPONSE DU DROIT CANONIQUE

Quelle est la réponse du droit canonique à ces questions : le législateur peut-il fournir des éléments de solution pour tous les cas qui pourraient jamais se présenter ? les principes de solution que le juge devra employer seront-ils exclusivement ceux du droit positif ou lui sera-t-il loisible de recourir à des directives indépendantes de celui-ci ? somme toute, la législation canonique positive recèle-t-elle des lacunes ?

A s'en tenir à certains principes de la tradition, il semblerait que le problème soit résolu par la négative : parmi les axiomes dont l'ancien droit faisait si volontiers usage, figurent les suivants : « *casus omissus non censetur omissus* » et encore « *non dicitur casus omissus qui est similis expresso* » (1). Angelus Aretinus va encore plus loin ; pour lui, « *lex semper loquitur* » (2). La loi « *Non possunt* » du Digeste paraît conclure dans le même sens : « *...trahere ad similia et sic ius dicere debet* » (3).

De ce fait, le droit canonique, et le droit romain qui le suppléait sur ce point, trouveront en eux-mêmes des germes de solution pour tous les cas qui pourront se présenter à l'avenir : il ne peut y avoir de lacunes dans la législation positive. A première vue et apparemment, tout au moins, ces textes paraissent exclure toute autre source de droit. Il n'y

(1) Gl. ad Dig. XXIV. 3. *Solutio Matrimonio*. l. 22. *Sicut dotem, v. mulieri*.

(2) Angelus Aretinus, *In V. ll. Decretalium*. In c. I. *Canonum*. X. l. 2., *De constitutionibus*. nn. 8 s.

(3) Dig. l. 3. *De legibus*. l. 12.

est question que de droit positif, que de loi, et si l'on veut s'en tenir à la rigueur des termes, on semble bien obligé d'admettre que le juge aura tout uniment le pouvoir d'étendre une loi à des hypothèses semblables, mais que son pouvoir devra se borner à cela ; la loi et la loi seule suffit. Cette thèse paraît encore renforcée par le fait que l'Empereur dans le Code se réserve tout pouvoir sur ce point (1).

Le droit actuel se serait-il écarté du droit antérieur ? Le canon 20 ne saurait être invoqué comme exprimant une réponse affirmative (2). La proposition « si certa de re desit expressum mandatum » n'implique pas l'existence d'une lacune au sens où nous l'avons définie. Une troisième source de droit ne serait-elle pourtant pas reconnue dans l'équité ? tout dépend de savoir comment il faut entendre cette « aequitas canonica ». N'a-t-elle pas en effet désigné dans l'ancien droit moins une source de droit distincte de la législation positive que cette législation positive elle-même, par opposition au droit positif jugé plus rigoureux dans son ensemble ? combien de fois ne trouve-t-on pas cette opposition entre la « rigor iuris civilis » et l'« aequitas canonica » qui désigne alors précisément la législation canonique ?

Quant aux « leges latae in similibus » et aux principes généraux du droit, nul n'ignore qu'ils soulèvent le problème de l'analogie et que la doctrine est très divisée sur leur nature (3). L'analogie est-elle une amplification, une extension de la loi elle-même, est-elle, par contre, la transposition en une matière différente, mais semblable, d'une solution légale en vertu de la loi seule. La doctrine ne se prononce ni formellement ni unanimement sur ce point : les uns parlent de cas rares (4), d'autres d'une simple possibilité (5), seuls Vermeersch et Van Hove (6) se prononcent en faveur de la présence de lacunes inévitables.

Sans doute, la plupart des auteurs font au moins en principe, deux choses distinctes de l'analogie et de l'interprétation extensive (7), et de

(1) Cod. I. 14. *De legibus et const. princ.* II. 1. *Inter aequitatem.* et 9. *Leges.* — I. 17. *De vet. iure enuc.* I. 1. *Deo auctore.* § 12. *Nostram* ; *ib.* I. 2. *Tanta*, § 23. *Hoc autem.* — Dig. *Prooem.* § 8. *Illud autem.*

(2) « Si certa de re desit mandatum expressum legis, norma sive generalis sive particularis sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus ; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis ; a stylo et praxi Curiae Romanae ; et a communi constantique sententia doctorum » Le texte proposé dans la rédaction primitive envoyée aux Evêques portait : « Si certa de re desit expressa *dispositio legis* sive generalis sive particularis, sumenda norma est a legibus latis in similibus *casibus* ; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis ; a stylo et praxi Curiae Romanae ; a communi constantique sententia doctorum ».

(3) Cf. plus bas p. 134 s. et p. 158 s.

(4) Ph. Maroto, n. 384.

(5) I. Chelodi-E. Bertagnolli, n. 68. — H. Cicognani, n. 134. — P. Fedele s'étonne (*Generalia iuris principia*, p. 1, n. 1) que le problème n'ait guère été traité en droit canonique. Cependant le Code n'est promulgué que depuis vingt ans à peine.

(6) A. Vermeersch-J. Creusen, I. p. 46. — A. Van Hove, II. n. 312.

(7) Sur cette théorie, voir Fr. Génv, *Méthode*, I. n. 21 s., p. 193 s. — II. n. 155 s., 188 s., p. 275 s.

ce fait, paraissent admettre l'existence en dehors de la loi de tout un domaine qui lui est extérieur. Que cette distinction existe depuis le XVII^m siècle, cela paraît certain, mais pour la période antérieure, rien ne paraît moins prouvé (1).

D'ailleurs, même en admettant la distinction, la question n'est pas résolue : tout dépend de la base que l'on assigne à l'analogie. Si on la fait reposer sur la volonté du législateur (2), on ne voit vraiment pas que l'on puisse en déduire une source totalement indépendante du droit positif.

De quelque côté que l'on envisage la question, la réponse ne semble donc pas évidente. La doctrine admet-elle l'existence de lacunes dans la législation canonique ? celle-ci laisse-t-elle au juge un pouvoir d'interprétation tel que sa liberté sera entière ou bien en est-il réduit à appliquer la loi, sans qu'aucune indépendance lui soit laissée ?

§ III. — LE PRINCIPE DE SOLUTION DU PROBLÈME

Une lacune est, avons-nous vu, un cas dont la solution n'a pas été prévue, même implicitement, par le législateur. Toute la question est de savoir si des lacunes existent dans l'ordre juridique. Le principe de la solution de ce problème se trouvera dans la loi même, ou mieux dans son fondement immédiat, la volonté du législateur : celle-ci peut-elle être considérée comme ayant une portée indéfinie, ou bien doit-elle s'arrêter à l'objet même sur lequel elle porte ?

Si les dispositions législatives peuvent être tenues pour susceptibles d'application indéfinie, la législation positive ne présentera pas de lacunes, puisque la volonté du législateur prévoit, au moins dans une certaine mesure, tous les cas : elle peut s'appliquer à tous, étant donnée sa généralité. Si, par contre, le législateur doit s'arrêter à un objet bien déterminé, force sera bien d'admettre que tous les cas qui ne seront pas unis à cet objet seront des cas omis, des hypothèses oubliées. Il faudra pourtant leur trouver une solution, et, pour y parvenir, se baser sur un principe autre que celui de la volonté du législateur. En effet, cette volonté n'a rien décidé sur le point en question et s'est ainsi reconnue elle-même incapable de résoudre tous les problèmes qui pourraient être proposés au juge.

(1) Elle remonte explicitement, au moins pour le droit canonique, à Suarez. Cf. *infra* pp. 62 s. Pour le droit civil l'évolution semble avoir été plus lente. Voir J. Spassoïevitch, *L'analogie*, p. 22 s. — Cf. A. Thibaut, qui conserve encore l'ancienne théorie. Pratiquement, les Congrégations romaines désignent l'analogie sous le nom d'interprétation extensive ; elles ont généralement le droit d'interpréter, et non de créer un nouveau droit.

(2) Cf. A. Thibaut, *o. c.* p. 61. — J. Spassoïevitch, *o. c.* p. 26 s. — R. v. Scherer. *Handbuch*, I. pp. 14 s. et nn. 10 et 15.

Pourrait-on dire, alors, que la solution dépend d'une question de volonté du législateur : suivant que le législateur veut étendre sa volonté ou se refuse à le faire, la législation comporte des lacunes ou non ? La réponse doit être cherchée dans la nature de la loi elle-même : celle-ci est-elle susceptible de s'étendre indéfiniment ou non ? voilà le problème à résoudre. Si la loi est incapable de donner une solution adéquate pour un cas différent de celui en vue duquel elle est portée, il y aura évidemment des lacunes.

Un législateur pourra cependant avoir voulu, le fait s'est réalisé, on le verra, que la loi s'étende indéfiniment, et alors il pourrait sembler que des lacunes soient impossibles. Mais la question se posera alors de savoir si le concept admis de la loi par le législateur est ou non conforme à la nature de celle-ci.

Nous essaierons de prouver que le concept de loi admis actuellement par le droit canonique ne s'étend qu'aux cas immédiatement prévus par le législateur. En conséquence, l'existence de lacunes dans la législation positive doit être admise. Nous tenterons de démontrer en même temps que tel concept est pleinement conforme à la nature de la loi, à ce qu'elle est en réalité. La nature de l'opération analogique, des principes du droit et de l'équité qui sont imposés au juge par le législateur pour lui permettre de résoudre les cas non prévus, confirmeront ensuite, et surabondamment, que par sa nature même, la loi n'a pas un domaine indéfini, mais comporte des lacunes.

SECTION II

Le Domaine d'application de la loi est-il indéfini ?

Le problème de l'existence des lacunes dépend donc du domaine de la législation (1). Si cette dernière est susceptible d'une application indéfinie, il ne peut y avoir de lacunes et c'est au nom de la loi que le juge rendra sa sentence ; si, au contraire, le droit positif doit, de sa nature être restreint au cas envisagé par le législateur, force sera bien au juge de recourir à un principe extérieur à la législation positive pour légitimer ses décisions, même s'il emploie des données tirées du droit positif.

Quelle est la réponse du droit canonique à cette question : le domaine de la loi est-il ou non illimité ? Comment entend-il l'expression du Code « *si desit expressum praescriptum legis* » ?

Le droit canonique conclut sans aucun doute à l'époque actuelle à la limitation du domaine de la loi, et cela en raison de la nature même de la loi.

Pour prouver le bien-fondé de cette assertion, il suffit de passer en revue les différents éléments qu'aura à considérer le juge dans son œuvre d'interprétation de la loi (2). L'élément capital est l'intention du législateur : celle-ci est connue immédiatement et explicitement par les termes de la loi qui peuvent avoir une plus ou moins large signification. L'intention peut ensuite être découverte grâce à la matière de la loi qui est appelée en certains cas à jouer un grand rôle dans la connaissance du droit. Enfin, l'interprète aura recours à la *ratio legis*, pièce maîtresse de l'interprétation logique.

Sur les trois premiers points, les raisons apportées en faveur d'une extension indéfinie ne sont guère solides : que l'on considère l'intention du législateur, les termes ou la matière de la loi, les décisions législatives ne semblent guère susceptibles de s'étendre indéfiniment. Il

(1) Le même raisonnement vaut, a fortiori, pour la coutume assimilée à la loi en droit canonique, et encore plus pour les principes généraux du droit, qui en raison de leur généralité peuvent encore moins prétendre fournir une réponse adéquate et donc satisfaisante au problème posé. — D'ailleurs v. plus bas p. 159 s.

(2) Voir F. Géný, *Méthode*, I. pp. 60 s. - 284 s. — C. Cangì, p. 140 s., et leurs arguments.

n'en est pas de même lorsqu'il est fait appel à la *ratio legis*. Les intrépides logiciens que furent les canonistes ou les juristes du Moyen-Age se servirent de celle-ci pour fonder des présomptions à l'aide desquelles le domaine de la loi arriva en fait à n'avoir plus de borne (1). Ils assimilèrent les cas semblables les uns aux autres, qu'il se soit agi d'identité ou simplement de similitude de *ratio legis*, tant et si bien qu'ils furent amenés à reconnaître que le domaine de la loi était en fait illimité. Telle ne fut pas cependant la théorie unanime et nombreux furent ceux qui s'insurgèrent contre une pareille prétention. Néanmoins, la lutte fut ardente et ne se termina qu'au XVII^m^e siècle, après Suarez, époque où il fut reconnu de nouveau par tous, que même grâce à la *ratio legis*, il n'était pas possible d'assurer à la loi une extension indéfinie.

Ainsi, afin de justifier la réponse actuelle du droit canonique à la question de savoir si la loi doit s'appliquer toute seule d'une manière illimitée et exclusive de toute autre source, nous étudierons chacun des éléments de la loi, l'intention du législateur, les termes, la matière de la loi, et, dans les chapitres suivants, la *ratio legis*, puisqu'à cause d'elle surtout des discussions se sont élevées au sein de l'Ecole, en droit canonique tout autant que dans le droit civil ancien.

(1) F. Suarez, L. VI. c. 3. n. 23... illo modo infinita esset extensio in legibus
laicienda.

CHAPITRE PREMIER

Intention du législateur, termes et matière de la loi

La loi n'est autre chose que la volonté du législateur manifestée aux membres de la société. Cette volonté est l'élément capital de la disposition législative. Elle s'exprime dans les termes de la loi choisis par le législateur pour bien rendre sa pensée. Elle est enfin également déterminée par la matière dans laquelle elle est portée. Tels sont les principaux éléments de la disposition législative. Sont-ils chacun susceptibles d'avoir une extension indéfinie ?

§ I. — L'INTENTION DU LÉGISLATEUR

Le domaine de la loi s'étend avant tout à ce qu'embrasse l'intention du législateur. Qu'est-elle donc et peut-elle atteindre un nombre indéfini d'objets ?

L'intention du législateur consiste dans sa volonté et dans sa volonté raisonnable (1).

A ce dernier seul revient le droit d'imposer aux membres de la société sa volonté. Est loi tout ce qu'elle commande : se trouve hors de la loi ce qui déborde du champ de ses prescriptions. Les sujets ne peuvent être liés que par la volonté du législateur, car en elle seule se trouve concrétisé le droit de les régir. Rechercher le contenu de la loi sera donc rechercher le contenu de cette volonté (2), de cette intention que les anciens appelaient la *mens legislatoris*.

(1) C. 18. Ceci fut toujours admis en principe. Les variations d'école ont simplement porté sur le caractère qu'il fallait surtout mettre en relief. Jusque Suarez, la plupart des auteurs semblent avoir donné la prééminence au caractère rationnel de la loi. Suarez, par contre, met l'accent sur l'expression elle-même de la volonté du législateur, puisqu'elle seule comprend ce qui a certainement été voulu par lui, et que rien n'est loi sans qu'il l'impose. Pour de plus amples développements sur ce point, voir G. Renard, *Droit, logique et bon sens*, p. 382 ; et un article du R. P. Jombart, *Nouv. rev. théol.*, t. LIX, 1932, pp. 34 s. Sur la discussion au Moyen-Age, consulter P. A. Gambarus, *De extensionibus*, n. 15 s. Sur ce point, I. B. de Luca, *Disc. XXXV, de Iudiciis*, n. 82. — G. Vasquez, *Commentarium in I. II.* disp. 150. q. 90. — Portalis disait : « Les lois sont des volontés ». P. A. Fenet, t. VI, p. 3.

(2) Dig. XXII. 5. *De testibus. II.* — Dans le même sens, Gratiani dict. p. c. 16. *Ideo permittente.* C. XXV. q. I. — A. Reiffenstuel, I. 382. — S. R. Rotae dec. 22 janv. 1910. *Est enim lex, quod legislator voluit.* vol. II.

Cette volonté n'est toutefois pas l'unique élément constitutif de la loi. Ce pouvoir du législateur, sa volonté ou son intention ne doivent pas en effet être considérés comme des absolus. A strictement parler, le législateur n'impose pas ce qui lui plaît ; sa volonté doit être raisonnable, elle dépend et des circonstances qui existent au moment de l'établissement de la loi, et de l'idéal de justice qui doit l'animer. Qu'il légifère, c'est là certes et son droit et son devoir, mais il ne peut légiférer qu'à la condition de réaliser dans la loi ce qui est juste, c'est-à-dire ce que peuvent requérir et le bien commun et l'équité (1), qui est précisément le fondement ultime de l'interprétation (2). Cette intention du législateur n'est ainsi pas quelque chose d'abstrait ; elle est l'expression d'une réalité qui sort toute vivante à la fois du complexus social lui-même et des règles de justice objective qui lui sont appliquées : elle est la détermination de cette réalité.

Pour l'interprète, l'intention seule doit compter, au moins immédiatement. Il devra cependant lui être permis de chercher à éclairer cette intention, quand elle n'apparaît pas nettement, par l'idéal de justice que le législateur a certainement eu en vue, par cette réalité qui s'impose. Au juge de dégager cette intention, puisqu'elle est avant tout la loi, à lui de la préciser, afin d'en tirer les règles que le législateur a entendu imposer au corps social et d'en déterminer les applications.

Cette intention ou cette volonté raisonnable peut-elle atteindre des hypothèses en nombre illimité ? Une réponse négative est seule possible. La volonté et la raison sur laquelle elle s'appuie sont aussi imparfaites que le législateur lui-même : ce dernier porte sa loi en vue de certaines hypothèses, de certains cas bien déterminés et précis. Hors ceux-ci, c'est l'imprévu. Si l'espèce du cas envisagé diffère, une solution différente doit aussi être donnée. Le législateur ne peut pas tout prévoir même implicitement. Admettre une autre réponse serait lui reconnaître une puissance indéfinie à laquelle il ne saurait prétendre étant donnée l'imperfection de sa nature. Sur ce point, une objection peut difficilement être élevée (3). La nature elle-même de l'intention du législateur n'admet donc ni extension ni application indéfinie.

§ II. — LES TERMES DE LA LOI

Une réponse identique doit être donnée si l'on considère la forme écrite dans laquelle le législateur a entendu exprimer sa volonté. Le juge et l'interprète n'ont pas, en principe du moins, à s'en écarter. Le texte, pris dans son ensemble comme dans chacune de ses parties, a été choisi

(1) Petrus de Ancharano. *Consilia*. Cons. 5. n. 23. — Iaso Mayno. *In Dig.* XII-4. *De conditione causa data*. l. 3. *Dedi tibi*. § *Si liber*, n. 3.

(2) G. del Vecchio, *Riv. intern.* 1935. p. 632 s.

(3) E. Grandclaude, *L'interprétation*, p. 355 s.

par le législateur comme précisant le mieux ce qu'il impose à la société, ses prescriptions. Aller au-delà des termes serait inutile et, bien plus, injuste.

Toutefois, l'interprétation des termes de la loi peut présenter une grosse difficulté : la volonté du législateur peut être manifestée implicitement ou explicitement. Quand la volonté est explicite, il n'y a aucune difficulté, le juge la suivra pour rendre sa sentence. Les termes de la loi permettent au juge de connaître l'intention du législateur avec le maximum de précision. Aussi, quand ils énoncent clairement sa volonté, est-il inutile de recourir à aucun autre moyen. Telle est la volonté du législateur, elle ne va pas au-delà. Pourquoi y faire rentrer une hypothèse qui n'est pas immédiatement visée et restreindre la liberté des membres de la société si le législateur a évidemment préféré ne pas imposer d'obligation ? Il n'y a certainement pas lieu dès lors à interprétation. C'est ce que fait remarquer la glose du chapitre 8, *Quum dilectus*, X. I. 4. *De Consuet.* au mot « nec iure communi » ; il n'y a lieu de recourir à l'interprétation qu'au cas de doute ou d'ambiguïté » (1).

Sur ce point encore, la doctrine canonique est unanime : la loi embrasse avec certitude cela seulement que vise l'intention du législateur dans l'expression écrite.

§ III. — LA MATIÈRE DE LA LOI

L'intention du législateur peut aussi être manifestée implicitement, car les termes peuvent être pris suivant une signification différente du sens obvie et embrasser par conséquent un plus ou moins grand nombre de cas. Alors, le problème se complique. L'intention du législateur porte sans doute explicitement et avec précision sur le point déterminé par les termes de la loi, mais la solution de cette hypothèse n'épuise pas les virtualités de la volonté législative : les termes peuvent avoir une signification plus ou moins large. Ainsi, le législateur décide d'imposer certaines formalités dans les élections canoniques. Peut-on raisonnablement soutenir qu'il n'a eu en vue que l'élection au sens strict, sans prendre garde à l'hypothèse de la postulation, par exemple, toute voisine de la précédente ? Est-ce vraisemblable ? Certes non. L'intention

(1) C. 18. — Gl. in c. 8. X. I. 4. Ubi enim verba non sunt ambigua, non est locus interpretationi. Sed ubi sunt dubia necessaria est interpretatio. — Et dans le même sens les commentateurs des Décrétales, par ex. Ph. Decius. *In Decretales*. In c. 1. *Canonum*. X. I. 2. *De constitutionibus*. n. 40.

Il semble cependant qu'en pratique, juristes et canonistes se soient montrés moins stricts : témoin cette appréciation contenue dans une décision rotale : Quando verba legis adeo aperta et praecisa sunt et tam districtae quamcunque interpretationem prohibent, ut nec colore aequitatis, nec officio iudicis, aut alterius boni viri, nec alia ingeniosa doctorum declinatione evitari vel flecti possunt, tunc legis scriptae rigor servandus, cui aequitas nunquam adversari, neque sensus ipsi legi contrarius accommodare potest. Rota. *Coram Merlino* dec. 567. n. 68 ss. — Voir aussi I. Urceoli, p. 92.

du législateur peut ainsi prévoir implicitement certains cas. Encore faut-il l'expliquer ? comment y parvenir ?

L'unique moyen sera de reprendre les éléments eux-mêmes utilisés par le législateur pour donner sa solution, c'est-à-dire surtout la matière de la loi et ensuite sa fin. La loi n'est pas, en effet, une création sortie sans préparation du cerveau de celui qui légifère. Elle répond à un besoin, à une nécessité (1). S'il est erroné de faire dépendre exclusivement son existence de ce besoin, de cette nécessité même, la volonté du législateur a néanmoins été mise en mouvement par ces éléments. La volonté n'aurait pas été raisonnable, n'aurait donc pu engendrer une loi, si elle n'en avait tenu compte. Pour découvrir l'intention exacte du législateur, pour connaître l'étendue du domaine de la loi, force sera donc bien de recourir à la matière (2) de la loi et à son but. Ceux-ci une fois scrutés, mais alors seulement, l'on pourra savoir si, oui ou non, telle hypothèse est comprise dans le domaine de la loi.

Mais, la matière de la loi ne permettra-t-elle pas d'étendre indéfiniment le domaine d'application de la volonté législative ? De fait, celle-ci varie suivant que la loi est ou non de stricte interprétation.

Il y avait dans l'ancien droit stricte ou large interprétation suivant que la loi était favorable ou odieuse (3). La matière de la loi servait à établir ce caractère. Une loi était considérée comme favorable si les actes qu'elle commandait constituaient une faveur pour l'ensemble de la société ; s'ils constituaient une charge, comme par exemple les peines, la loi était jugée défavorable (4).

Une pareille notion était cependant bien imprécise d'autant qu'une même loi pouvait présenter certains aspects favorables tout en imposant d'autre part une charge. Ainsi en était-il d'un rescrit accordé par exemple en matière bénéficiale en faveur d'une personne, même si accidentellement il porte préjudice à un tiers. Fallait-il étendre sa disposition aux dignités vacantes ou la restreindre aux bénéfices, suivant le texte strict ? Aussi, certains auteurs recouraient-ils plutôt à la fin de la loi afin de préciser ce point (5) : la loi aurait été favorable si le législateur avait en vue directement le bien de la société, et non de lui imposer une charge. A cette conception s'opposait le fait que toute loi a comme but le bien commun de la société.

(1) C. 18. — Cf. R. v. Ihering. (*Der Zweck im Recht*), qui a, de nouveau, mis en relief ce point capital. — P. Van der Eycken, p. 56. — F. Génv. *Méthode*, pp. 278 ss.

(2) La matière de la loi semble avoir eu moins d'importance à l'époque des glossateurs. Hostiensis disait simplement qu'il fallait interpréter « primo, ponendo casum vel dicendo sensum litterarum ; secundo, legendo litteram et exponendo et etiam construendo, si difficilis appareat ; tertio, inducendo similia ». *Summa*, In rubrica X. V. 5. *De magistris*.

(3) Constantius Rogerius. III. 4. Quaero de ordine servando in interpretatione iuris. Super quo dic primo... debet considerare qualis sit lex videlicet an correctiva, exorbitans, odiosa vel favorabilis aut neutralis.

(4) F. Suarez. *De legibus*. L. V. c. 2. n. 15.

(5) F. Suarez. o. c. nn. 4-5.

Suivant quelques juristes, cette détermination se faisait à la lumière de l'équité ou de la raison naturelle (1) : les dispositions qui leur sont conformes peuvent être entendues dans leur sens le plus large ; celles qui leur sont contraires sont de droit strict (2).

Le Code précise maintenant dans le canon 19 les dispositions qui ne sont pas susceptibles d'interprétation large, et, à plus forte raison, extensive et dont la matière est considérée comme défavorable : ce sont les lois pénales, les règles qui limitent le libre exercice des droits et celles qui contiennent une exception au droit commun (3). Quand la matière est défavorable, les termes de la loi sont pris dans leur sens le plus restreint, et le travail de l'interprète sera facilité ; le domaine de la loi s'arrête avec le sens strict des termes employés par elle. Il en est autrement quand la loi est favorable, ce qui est la règle, puisque toute loi est portée en faveur du bien commun. La matière de la loi fait en ce cas étendre la loi jusqu'à la signification la plus large des termes employés. Il a pourtant toujours été admis que la matière de la loi ne permettait pas d'excéder la signification la plus étendue de son expression verbale.

Ainsi, sauf la question discutée du critère des lois favorables, la doctrine a toujours été unanime pour admettre la restriction du domaine de la loi aux conclusions que l'on pouvait immédiatement déduire de sa matière : les termes de la loi pouvaient au cas de loi favorable être entendus dans leur sens le plus étendu, mais sans pouvoir le dépasser (4).

(1) Bartholomaeus Caepolla, *De interpretatione*, VI. n. 33. Quidquid est contra iustitiam aequitatis dicitur odiosum. — I. Urceoli, o. c. q. 7. n. 21. Ius civile aestimatur ex naturali ratione et aequitate.

(2) B. Caepolla. Ib. VI. n. 33. Iura successionis ab intestato sunt introducta ex bono et aequo ; et ideo si per statutum civitatis successio introducitur ex bono, sed non ex aequo, dicitur esse odiosum, ut quando per ipsum masculus excludit foeminam, nam istud statutum factum est propter bonum publicum, causa conservandi familias agnatorum... tamen non est aequum.

(3) Cf. pour l'interprétation de ce canon, A. Van Hove. II. pp. 304 s.

(4) A. Reiffenstuel, I. p. 185. n. 390 s. — F. Schmalzgrüber, vol. I. p. 45. n. 47.

CHAPITRE II

La « *ratio legis* »

La *ratio legis* a aussi été invoquée pour expliquer la volonté du législateur. Quelle influence a-t-elle exercé sur l'interprétation de la loi et surtout sur sa portée ?

L'accord a longtemps fait défaut sur le rôle de la *ratio legis* en vue de déterminer l'étendue exacte ou le sens d'une loi, lorsqu'elle était obscure et ambiguë ou lorsqu'un cas ne paraissait pas rentrer immédiatement dans son domaine. Faut-il restreindre l'emploi de cette *ratio* au cadre fourni par l'expression verbale dans le seul but de préciser celle-ci, et, dans ce cas, son influence ne sera-t-elle pas vraiment négligeable ? ou bien sera-t-il loisible au juge de considérer la *ratio*, même indépendamment du texte, pour en dégager toutes les virtualités possibles ? Si cette dernière éventualité était admise, le domaine de la loi serait indéfiniment extensible, et il deviendrait impossible de parler de lacunes de la législation positive. A considérer cette *ratio* indépendamment du texte légal, le domaine de la loi risquera bien de ne pas connaître de limites : il y a tant de cas auxquels pourra convenir une des innombrables *rationes* des lois canoniques ; et ainsi, il n'y aurait pas de lacunes en droit positif.

La science canonique paraît avoir admis d'abord la première solution à la suite du droit romain, puis, à partir de la fin du XIII^{me} siècle, elle penche très nettement vers la seconde. Suarez fit adopter enfin un point de vue intermédiaire qui est devenu doctrine commune et il fit triompher la thèse de la limitation du domaine de la loi.

L'évolution qu'a subie l'extension de la *ratio* et qui a entraîné la solution définitive du problème des lacunes ne peut s'expliquer sans connaître la théorie de la *ratio*. Nous exposerons donc la théorie de la *ratio*, puis, dans les chapitres suivants, l'influence de cette dernière sur l'extension de la loi, et la solution actuellement admise qui se trouve incompatible avec l'absence de lacunes dans la législation positive.

La théorie de la *ratio legis* comporte l'exposé de cette notion, ainsi que sa légitimité et ses conditions d'emploi.

§ I. — NOTION

Et d'abord, qu'est-ce que la *ratio legis* ? (1). La *ratio legis* est tirée de la fin qui a poussé le législateur à agir et à agir de telle manière (2). Mais toutes les fins du législateur, tous les motifs qui le font agir ne sont pas la *ratio legis*. Ces motifs se distinguent en trois catégories : le législateur peut vouloir une loi à cause de sa moralité, ou bien encore en raison des circonstances extérieures momentanées qui la requièrent impérieusement, ou enfin pour imprimer une direction, atteindre un but, un objectif nécessaire à la société dont il a la garde (3).

Dans le premier cas, la cause finale est une qualité et une qualité propre à l'acte commandé : celui-ci est voulu pour lui-même. Ainsi en est-il d'un législateur, l'Abbé d'un monastère, par exemple, qui imposerait l'obligation de jeûner uniquement à cause de la vertu morale du jeûne (4). Ce n'est pas de cette fin qu'est tirée la *ratio legis*. Cette donnée n'apporte guère d'aide positive à l'interprète pour connaître la pensée de l'auteur de la loi, relativement à l'étendue de son application ; elle n'est qu'une cause finale purement intrinsèque à l'acte imposé lui-même, la conséquence à laquelle il aboutira, et elle apprend peu de chose sur le champ d'application de ce dernier.

Dans les deux autres cas, la cause finale est extrinsèque à l'acte voulu par le législateur : ainsi, celui-ci peut porter une loi, dans un but déterminé, soit pour remédier à une situation accidentellement périlleuse pour la société ou bien dans celui de diriger la collectivité en un sens déterminé. Toute cause finale extrinsèque n'apporte cependant pas le même secours à l'interprète. Seule présentera grand intérêt celle qui aura influé en dernière analyse sur les dispositions de la loi, celle qui constituera la raison dernière de l'acte législatif, celle sans laquelle le législateur n'aurait pas cru devoir agir (5). Il faut donc encore rejeter les circonstances et l'occasion de la loi. Sans doute, celles-ci prouvent qu'il est devenu indispensable de légiférer sur tel point, elles mettent en lumière l'obligation morale qu'a le législateur d'intervenir

(1) C. 18. Gl. Bartoli ad *Extravagantes Constitutiones Federici II*, Ad tit. I. *Quomodo in laesione maiestatis. v. absentiam*.

(2) La *ratio* est surtout déterminée par la cause finale. Ainsi P. A. Gambarus. *De extensionibus*. n. 15. *Ratio legis, secundum unamquamque legem canonicam vel civilem, semper sumitur habita consideratione finis ad quem lex illa dirigitur*. — Bartole disait : *eadem causa finalis et ratio legis*. In Dig. XXXIX. *De donationibus*. 2. *Si cum filius*. § ult. n. 1. — Et avec plus de précision, Balde : *a ratione legis ut a causa finali argui potest*. In Cod. VI. 28. *De liberis practereundis*. 4. *Maximum vitium*. n. 16. — Mais, en fait, la plupart des auteurs identifient cause finale ou fin et raison de la loi, à cause de la connexion existant entre ces données. — H. Capitant, *De la cause*, p. 31.

(3) Cf. A. M. Darmanin, pp. 55-70 ; 213-241 ; 539-554.

(4) Salmanticenses, t. III. tr. XI. c. 4. p. I. nn. 1 ss.

(5) P. A. Gambarus. *De modo*. Cap. 2. n. I. *Quæ principaliter movet animum statuentis, ita quod aliter statutum non fuerat et hanc cum legis ratione eadem dicimus ; causa vero impulsiva... occasio*.

positivement, le besoin auquel il est tenu de parer (1). A ce titre, elles influent sans aucun doute sur son existence (2). Néanmoins, leur action sur sa manière d'être, sur ses prescriptions sont moindres. Elles sont l'occasion de la loi, sa cause impulsive, disent les auteurs.

La *ratio legis*, au contraire, se tire de la nécessité elle-même ou de l'utilité positive de la disposition légale (3). Elle est le but dernier que s'est proposé le législateur en portant sa loi. Quel but positif veut-il atteindre ? quel objectif a-t-il en vue ? pourquoi s'est-il décidé à porter une prescription ?

L'ancienne législation canonique faisait nettement le départ entre la cause impulsive ou l'occasion et la cause finale de la disposition légale. Combien de fois les gloses ne divisent-elles pas la décrétale à commenter en disant : « ponit causam impulsivam, dat rationem, decidit casum » ? Ainsi en est-il, par exemple, de la décrétale « Saepe » (4) du Pape Clément IV. « Saepe contingit, dit la glose, quod nonnulli vinculo excommunicationis astricti aut apostatae seu irregulares, vel alias ordinum sacrorum susceptione indigni, suam patriam, in qua de his habetur notitia, fugientes, se in remotis partibus faciunt ad huiusmodi ordines promoveri ». Voilà la cause impulsive ou l'occasion. Le législateur continue par l'indication de la cause finale : « Nos igitur volentes animarum ipsorum periculis obviare... », puis vient la disposition : « Statuimus ut nullus Episcoporum Italiae de cetero aliquem ultramontanum clericum ordinare praesumat ». La forme sous laquelle se présente la législation actuelle ne permet plus tous ces développements, mais la cause se trouve indiquée dans les travaux préparatoires (5), il est donc possible de l'utiliser encore pour l'interprétation de la loi.

§ II. — LÉGITIMITÉ DE SON EMPLOI

Cette *ratio* est ainsi la fin, le but que le législateur a voulu atteindre par l'intermédiaire de la loi (6). La légitimité de son utilisation pour

(1) Bartole et Balde semblent les assimiler complètement. Cf. p. 106, note 6. Ce dernier distinguait plutôt en *causa determinativa et motiva*, ainsi *In Dig. I. 3. De legibus*, 32. *De quibus*. n. 101.

(2) C. 18.

(3) Cette connexion intime est le fondement dernier du développement analogique de la loi. Celle-ci seule est voulue par le législateur ; toutefois la raison pour laquelle eut lieu l'acte de volonté du législateur participe à la valeur de la loi à cause de l'union intime qui les unit.

(4) In VI. I. 9. *De temporibus ordinationum*. c. 1. *Saepe*.

(5) Sur le rôle des travaux préparatoires, voir H. Capitant, *Les travaux préparatoires*, dans *Mélanges Gény*, 1934, II. p. 204 ss. — H. Capitant, *D. hebdomadaire*, 5 déc. 1935. *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*.

(6) Maintenant l'interprète se préoccupe de rechercher quelle fut, en fait, l'intention, la fin que s'était proposée le législateur. Dans l'ancien droit, au contraire, quand cette raison n'était pas indiquée dans le corps de la loi, l'interprète cherchait l'intention que le législateur avait dû raisonnablement avoir en portant la loi. Ainsi Pet. Ancharanus o. c. col. 20 : *lex non assignet rationem tamen debet*

la connaissance exacte de la loi et son interprétation (1) se prouve aisément. La loi est en effet précisée et son domaine mieux déterminé par la connaissance du but en vue duquel elle a été portée. Si, de fait, la règle de droit est moyen par rapport au but, elle devra contenir et comprendre virtuellement (2) tout ce qui lui est indispensable pour atteindre cette fin assignée par le législateur. Celui-ci n'a-t-il pas cherché, en portant la loi, les meilleurs moyens d'assurer la fin qu'il voulait atteindre? L'existence de cette connexion intime entre la loi et la fin voulue par le législateur montre l'importance de cette dernière pour fixer le sens et donc la portée de la prescription légale.

Cette fin doit d'ailleurs être entendue comme exprimant une relation de nécessité avec le juste ou le bien commun de la société (3). De là vient que, suivant les canonistes, après les romanistes, la *ratio legis* est éternelle et immuable (4). Le législateur ne doit-il pas, dans le cas qu'il est appelé à résoudre, chercher la solution la plus juste, la plus équitable, la plus raisonnable en un mot ? (5) et la fin n'est-elle pas en dernière analyse la raison ultime de la décision légale ? Par là se trouve mis en relief le caractère réaliste de la loi et du droit. L'un et l'autre répondent à une nécessité, à une utilité. Ils existent à cause de ce besoin auquel ils procurent satisfaction et qui indique leur raison d'être (6).

subintelligi naturalis et verisimilis quantum potest... ad legem condendam prae-sumitur motus legislator ea ratione qua moveretur discretus et sapiens. — Alexander Tartagnus. Cons. 32. — Aymo Cravetta. *De antiquit. temp.* n. 96. — Dans le même sens, P. A. Gambarus. *De extensionibus*, n. 24. — Faut-il penser que cette méthode est due à l'absence des études historiques ? C'est probable. Les interprètes de ce temps ne peuvent être censés avoir oublié ce passage du Dig. I. 2. 1. cuiusque rei potissima principium est. Ils le citent trop souvent. — On connaît l'aventure arrivée à Innocent IV dont la décrétale « Quia cunctis » insérée plus tard dans le titre 7. *De constit. praeb.* VI. III., fut interprétée par Hostiensis dans un sens tout différent de son intention, malgré ses protestations, suivant Salas. Qu. XCVII. Tr. 14. Disp. 21. n. 31.

(1) Les Congrégations romaines ont employé cet argument pour fixer l'interprétation de nombreux canons ; ainsi du c. 396 § 1. dd. 1^{er} juillet 1922 (AAS. 1922, p. 406) ; du c. 421 dd. 24 nov. 1920 (AAS. 1920, p. 573) ; du c. 882 dd. 28 décembre 1927 (AAS. 1928, p. 61, II) ; du c. 883 § 1. dd. 30 juillet 1934 (AAS. 1934, p. 494, IV) ; du c. 987. 1, dd. 16 octobre 1919 (AAS. 1919, p. 478, 13) ; du c. 1099 § 2, dd. 20 juillet 1929 (AAS. 1929, p. 573, II) ; du c. 1234, dd. 6 mars 1927 (AAS. 1927, p. 161, II).

(2) G. Phillips. *Du droit ecclésiastique*, Préface, CLVI. p. 392. Si la loi repose essentiellement sur un principe de droit, tout ce qui aura pour fondement un semblable principe sera loi virtuellement sans acceptation d'origine ni d'auteur.

(3) Les anciens avaient sur ce point une conception différente de la nôtre. Leur distinction de *ius naturale* et *ius positivum* ne correspond pas exactement à celle de droit naturel et de droit positif.

(4) A. Reiffenstuel. *Prooemium*. n. 210. Ratio legis, innixa tamen aequitate naturali, est aeterna et immutabilis. — Cette pérennité de la *ratio legis* permettait de l'utiliser même au cas où la loi aurait été abrogée. Les commentateurs déduisaient cette conséquence du Dig. IV. 5. 8. — Voir aussi dans le même sens P. A. Gammarus. *De extensionibus*. n. 150. — Cf. Panormitanus, In X. IV. 14. *De consanguin.* c. 8. Non debet. n. 2.

(5) Voir par exemple P. A. Gambarus. *De extensionibus*, n. 24. Legislator tamen verisimiliter ad eam rationem declinabit quae attentio reipublicae bono erit utilior... n. 38... legem condere nil aliud est quam commune quoddam ac rationabile bonum facere... et nil aliud nisi rationabile potest princeps.

(6) Voir sur ce point la conception de l'Ecole positiviste. Cf. P. Van der

Il faut y joindre la volonté du législateur qui affirme et sanctionne cette exigence (1). Cette même volonté ne peut vouloir que ce qui est raisonnable (2), et, ici, ce qui est rationnel est ce qu'exige la justice ou le bien de la société.

§ III. — SES CONDITIONS D'EMPLOI

A quelles conditions cette légitimité d'emploi de la *ratio* est-elle subordonnée pour une interprétation correcte du texte légal ? Sans doute, théoriquement, en vertu de la relation de causalité qui unit la loi à sa *ratio*, la loi devra s'interpréter en fonction de la *ratio* : l'effet se juge en fonction de sa cause. Mais, la fin peut-elle être connue avec toute la certitude et toute la précision qu'exige la science ? Une loi n'est applicable qu'à la condition d'être certaine (3). Dans quelle mesure la fin de la loi offrira-t-elle ce caractère de certitude absolument indispensable ? Les juristes ont bien aperçu cette difficulté : aussi exigent-ils unanimement que la *ratio legis* ait la même certitude que la loi pour qu'on en puisse tenir compte. Ils demandent, en outre, afin de diminuer les causes d'erreur dans le raisonnement, qu'elle soit la fin unique, adéquate et positive de l'intention du législateur. A ces conditions seulement, peut exister la connexion nécessaire et rigoureuse requise entre la loi et sa *ratio*.

La *ratio* doit, en premier lieu, être certaine. La principale garantie des justiciables contre l'arbitraire ne réside-t-elle pas dans la sécurité, et par conséquent dans la certitude des lois auxquelles ils sont soumis ? La certitude de la *ratio* a d'ailleurs toujours été exigée par la doctrine ; toutefois la mesure dans laquelle elle l'a été admise a parfois été fort large, surtout à partir du XIV^{me} siècle. Jadis, la législation canonique était portée par voie de constitutions. Généralement, celles-ci com-

Eycken, p. 58. La divergence des points de vue procède en dernière analyse du rôle différent attribué à la volonté du législateur ; pour les uns, elle ne fait que préciser la conséquence qu'impose le But ; suivant les canonistes, l'obligation elle-même naît de la volonté du prince. Celui-ci est d'ailleurs moralement obligé de statuer suivant les exigences de la justice et du bien commun, mais, formellement, la loi et l'obligation de conscience qui en découle ne viennent que du législateur. Voir les commentateurs au c. 1. *Canonum*. X. I. 2. *De constitutionibus*, et les commentaires du Code et du Digeste sur le titre *De legibus*.

(1) Voir p. 62 s. à la suite de quelles circonstances le droit, qui mettait autrefois l'accent sur le motif de la loi, abandonna peu à peu cette pratique. Une chose est cependant certaine : le droit canonique a toujours considéré comme essentiels à la loi l'élément rationnel et l'élément volontaire. La question fut néanmoins agitée du XIII^{me} au XVI^{me} siècle. P. A. Gambarus en dit : *Utrum leges procedant ex ratione vel ex voluntate ?* et il répond brièvement : *Conclusio ista sit quod sine ratione non datur lex, imo ipsa naturalis ratio sola ad causarum decisionem allegari potest*. Il termine en disant au n. 18 : *Contra istam conclusionem insurgit turba imperitorum contententium quod non ratio, sed condentis voluntas et potestas attendatur*.

(2) C. 5. *Consuetudo*. D. I.

(3) C. 15.

mençaient par un exposé des motifs pour lesquels le Pape édictait la règle de droit (1). En ce cas, disent les auteurs, aucune difficulté : la *ratio legis* participe à la certitude de la loi, puisqu'elle est non seulement exprimée, mais écrite (2) ; il leur semble n'y avoir aucune raison pour lui refuser le même pouvoir qu'à la loi. Ainsi, la *ratio legis* n'aura d'effet que si elle est connue avec certitude. Jean d'André aurait dû admettre en conséquence l'extension de la décrétale « Saepe » aux cleres italiens ordonnés dans les diocèses transalpins (3), et non pas seulement, comme le prévoyait le texte, aux cleres transalpins ordonnés en Italie. Quelle raison y a-t-il de faire une différence de traitement, dit-il, en effet la cause est exactement la même des deux côtés des Alpes : d'une part comme de l'autre, il s'agit d'interdire aux indignes l'accès des autels. Tel est aussi l'avis de Decius (4). Jean d'André, malgré la rigueur et le bien-fondé de son raisonnement, repousse pourtant la conclusion à cause d'une différence de situation (5). D'autres le suivent, en alléguant que la raison donnée dans la décrétale « Saepe » n'existe pas pour l'hypothèse imaginée par Jean d'André (6).

Mais tous les textes ne mentionnent pas la cause qui a mis en mouvement le législateur (7). Bien des lois romaines ne l'indiquaient pas, et nombreuses étaient les dispositions du Décret de Gratien et des Décrétales insérées dans le Corpus iuris sans l'indication de leur cause. Ceci est devenu la règle dans la législation codifiée, tel le Code de droit canonique. Comment alors être assuré de la certitude d'une *ratio* ? Au Moyen-Age, les docteurs ne se laissèrent pas arrêter par cette difficulté : il y eut, à la fin du XIII^{me} siècle, des cas où l'efficacité juridique fut assurée à une *ratio legis* qui n'était pas explicitement assignée dans la loi. Déjà la Grande Glose d'Accurse semble auparavant admettre

(1) Balde. In Dig. I. 3. De legibus. l. 23. Incivile. n. 3. Etiam prooemium debet legi quia prooemia interdum finalem rationem legis aperiunt. Cf. P. Farinaccius. Decisiones Rotae Romanae. I. P. rec. dec. 230. n. 2. Ex prooemio statutorum colligitur causa finalis.

(2) Tel est l'avis aussi de Balde. In Cod. VI. 28. De liberis praetereundis. l. 4. Maximum vitium. n. 16. Quando ratio statuti esset dubia vel congrua reddi non posset tunc a tali ratione non possumus arguere quia non est necessaria, sed magisterialis. — Aussi, distinguait-on la *ratio legis* de la *ratio hominis*. — Voir A. Alciat, In tit. De verborum significatione. n. 9. Accipienda significatio ex mente legis quae facilius colligitur ac mens hominis, nam de ea constat, secus de homine : lex semper de ratione certa est, facileque quatenam sit assequitur.

(3) Gl. in c. 1. Saepe. VI. I. 9. De temporibus ordinationum. v. Italiae. Quid e converso si episcopus ultramontanus ordinet italicum... nec videtur ista ampliatio, vel extensio.

(4) Ph. Decius. Comm. in c. 11. Quoniam contra. X. II. 10. De probationibus. n. 147... ad hoc facit quia ubi ratio est expressa in lege non dicitur fieri extensio ut per glossam in c. 1. de temp. in VI^o.

(5) Gl. ad VIum. I. 9. l. v. Italiae.

(6) P. Ancharanus. Super VI. ib. § Circa hoc. — Io. Monachus. Glossa super VI. ib. n. 2.

(7) Quand la *ratio legis* n'était pas indiquée dans la Constitution, il appartenait à la doctrine de la rechercher. Comme les éléments positifs dont il est possible de disposer maintenant, faisaient défaut, les auteurs en étaient réduits à procéder par voie de conjecture. Le principal moyen utilisé était la comparaison des cas semblables. — Cf. note 1, p. 124, et aussi A. Massé. I. n. 41.

qu'il y a certitude de la *ratio* non écrite, quand il ne peut y en avoir qu'une seule (1). Plus tard, les auteurs légitimaient cette solution de la Glose : est-il indispensable de l'indiquer, disaient-ils, s'il n'y en a qu'une ? D'ailleurs, Cynus, qui admet cette extension, insistait encore sur la certitude que doit offrir la *ratio* : certitude double et de son existence et de son unicité (2). Cravet aussi fait remarquer très justement que pour l'employer légitimement, il faut d'abord la rechercher, puis prouver qu'elle est unique (3). Si l'application du principe pouvait être délicate, le principe a néanmoins toujours été admis : la *ratio* ne peut être utilisée par l'interprète que si elle est certaine ou unique. Il est vrai que cette double condition n'a pas toujours été réalisée dans toutes les applications que la doctrine en a faites (4).

La seconde condition de l'efficacité de la *ratio* est d'être l'unique cause finale de la loi : alors seulement se vérifie la connexion intime requise entre la *ratio legis* et la loi. Cette seconde condition a généralement été reconnue par la doctrine surtout quand plusieurs causes finales étaient indiquées dans le corps même d'une constitution : il n'y avait pas alors lieu à extension. Par contre, lorsqu'une seule raison était indiquée, les auteurs supposaient qu'elle était vraiment l'unique motif de la loi. Cette conclusion est difficilement admissible : la complexité des phénomènes juridiques n'emporte-t-elle pas la plupart du temps des causes finales multiples que considère le législateur, et dont, à son tour, doit tenir compte l'interprète ?

(1) Gl. ad Cod. VI. 42. *De fideicommissis*. l. 15. *Quamvis. v. curavit*. — Cf. note 2.

(2) Cynus. In Cod. I. 14. *De legib. et const. pr.* 5. *Non dubium*. n. 13. — Voir Bartole, In Dig. L. 16. *de verborum significatione*. l. 220. *Liberorum*. n. 12. « Prima ratio mihi placet, quia haec : ut agnatorum salva sit dignitas, non est expressa in statuto... determinatio mihi placet... quia de ratione dicti statuti non apparet ». Balde, par contre, quoiqu'admettant la même solution que Bartole sur ce point, repousse son argument : « Bartolus dicit... quia non est expressa in statuto. Sed, ista ratio Bartoli non mihi placet quia, quando est certa ratio legis, licet tacita, tamen potest argui ex ea tanquam ex finali causa ut Dig. XLIX. 16. *de re militari*. l. 13. *Milites*. tunc autem est certa quando ipsa sola reddi potest... sed quando ratio statuti esset dubia vel congrua reddi non posset tunc ex tali ratione non possumus arguere quia non est necessaria, sed magisterialis. — Tel était aussi l'avis de Jean d'André. In Cle. I. 20. *De rescriptis*. c. 1. *Abbates v. praesidentes*. — D'ailleurs la Grande Glose concluait déjà dans le même sens, mais implicitement, sans entraîner la doctrine. Cod. VI. 42. *De fideicommissis*. l. 1. *Quamvis. v. curavit*. An autem emancipare teneatur ex hoc rogamine ? Non aperit hic ; unde dicunt quidam quod non ; sed si dissipet pater, etiam existente in potestate, restituit officio iudicis ex hoc tacite videtur rogari pater de restituendo filiis haereditatem, nam ob quam aliam causam de emancipatione rogasset ; sicut et qui legat iter ad fontem intelligitur legare et haustum. — Reiffenstuel disait d'ailleurs de cette glose qu'elle était « singularis ». (Lib. I. t. 2. § XIX. n. 607).

(3) Aymo Cravetta. n. 92. ubi est ratio expressa facilius fit extensio quam ubi expressa non est.

(4) Les auteurs ne tardèrent pas aux XV^{me} et XVI^{me} siècles à aller beaucoup plus loin. Ils perdirent complètement de vue la condition à laquelle Balde avait subordonné, non sans raison, cet emploi de la *ratio*, et prétendirent que chaque disposition législative ne pouvait avoir qu'une cause. Ainsi l'aurait voulu l'application des principes de la philosophie aristotélicienne. Cf. A. Massé I. 41.

Cette cause finale sera enfin la cause finale adéquate (1). Sinon, il n'y a plus guère de motif valable de scruter cet élément afin de connaître la portée exacte de la loi. Ainsi, le vœu de ne pas aller dans une maison déterminée à cause de la présence d'une femme suspecte n'obligera plus si cette condition n'est pas réalisée. En conséquence, si la *ratio legis* est plus spéciale que la loi dans laquelle elle est exprimée (2), ou si elle est trop générale, elle ne pourra être utilisée dans la détermination du sens et de l'extension de cette loi (3). On pourra s'en servir pour rechercher la cause finale adéquate, mais, telle quelle, elle se trouve impuissante et ne peut entrer en ligne de compte, ni être sanctionnée.

La cause finale, pour servir dans l'interprétation, doit ainsi être certaine, unique, adéquate et positive. Si ces garanties ne sont pas réalisées, aucun effet ne pourra lui être attribué, et à juste titre.

(1) *Methodus qua textus iuris recte atque ordine resolvi itemque casus iuris propositos decidi docetur*. Anonyme et sans date, p. 7. Ratio inveniri debet adaequata, non tantum generalior et remota.

(2) B. Caepolla, o. c. VIII. 14. Intelligo tamen ut fiat extensio in quantum extenditur ista ratio si est specialis.

(3) F. v. Schulte. *Das KKR*. I. p. 186. — I. D'Annibale. I. 183.

CHAPITRE III

Les doctrines du Moyen-Age sur l'extension de la loi

Le chapitre précédent a établi que les conditions auxquelles est soumis l'emploi de la *ratio* sont strictes et rendent son utilisation plutôt difficile, si elles sont appliquées rigoureusement, comme elles doivent l'être. Cependant, si les auteurs se sont montrés réservés dans l'établissement de la théorie, ils ont en pratique ouvert dans cet édifice des brèches considérables. De fait, en invoquant la *ratio legis*, ils en sont arrivés à accroître le domaine de la loi, à assurer à l'ensemble des dispositions légales une étendue et un champ presque indéfini et à admettre en réalité l'absence de lacunes dans la législation. Ils ont accru la portée de la loi d'abord à tous les cas où il y avait identité, et plus tard aux cas dans lesquels il n'y avait qu'une simple similitude de raison.

Cette tendance extensive se manifeste dès Ioannes Bassianus, se développe dès la fin du XIII^{me} siècle et atteint son apogée au XV^{me} siècle avec le Panormitan. Il fallut attendre le XVI^{me} et Suarez pour faire rentrer la loi dans les limites raisonnables qu'elle n'aurait jamais dû dépasser, et voir établi avec certitude que des lacunes existent nécessairement dans le corps du droit positif. Pour bien pénétrer les motifs apportés par Suarez à la solution du problème qui nous occupe, nous étudierons en détail l'influence exercée par la *ratio* sur l'extension de la loi depuis la renaissance juridique du XII^{me} siècle. Son évolution montre à quels excès peut se porter l'intelligence humaine quand elle abuse de la dialectique, sans critiquer les principes utilisés, ni vérifier les conditions de leur application. Les auteurs en sont en effet arrivés à donner pratiquement à la *mens legis* une portée illimitée.

Dans cette évolution, deux périodes, à peu près séparées par le milieu du XIII^{me} siècle, peuvent être discernées. Dans la première, l'interprétation se contente de dégager le principe d'identité de raison et d'en user quand la raison était exprimée, sans qu'il y eut en ce cas application de la loi elle-même ; à partir du milieu du XIII^{me} siècle, par contre, pour un certain nombre d'auteurs qui suivent la tendance de Ioannes Bassianus, la *mens legis* devient l'élément capital de l'inter-

prétation, et une *ratio legis*, même non exprimée, peut provoquer non l'extension, mais l'application d'un texte même correctif. Un tel abus devait fatalement appeler une réaction : ce fut au XVI^m siècle, celle de Suarez.

§ I. — DU MILIEU DU XII^m AU MILIEU DU XIII^m SIÈCLE

Dans cette première période, les glossateurs des lois romaines dégagent peu à peu les principes qui leur permettent d'étendre la loi. Ce sont le recours à la *mens legis*, à l'identité de raison exprimée dans la loi, enfin à l'équité. Toutefois, les auteurs paraissent affirmer unanimement que cette extension n'accroît pas le domaine de la loi en tant que telle, elle est plutôt l'œuvre de l'interprétation ou de l'équité, bref, d'un principe extérieur à la loi : il n'y a pas application de celle-ci à strictement parler. Telle est la doctrine qui semble pouvoir se tirer de l'œuvre des glossateurs : seul, parmi eux, Ioannes Bassianus, en raison du rôle qu'il attribue à la *mens legis*, tranche par son audace et annonce déjà les théories qui seront soutenues dès le milieu du XIII^m siècle.

A propos de l'interdit accordé au début du livre VIII du Code pour le cas où des branches d'arbres débordent sur la propriété voisine, Martinus Gosia remarque que cet interdit peut être étendu à d'autres hypothèses, ainsi à celle des racines poussant dans le fonds voisin. Ce glossateur précise qu'il y a dans ce cas extension et non pas application de la loi. L'expression employée le montre, du moins : « *prodeitur ad similia* » (1).

Vacarius rapporte la solution de Martinus et en indique brièvement la raison : l'action utile est donnée en vertu de l'équité (2).

La *Summa Codicis* affirme avec netteté que l'interprète peut recourir à la *mens legis* seulement lorsqu'elle est exprimée dans la loi. Elle pose ce principe à propos de la distinction des actions directes et utiles. La différence entre elles vient, suivant son auteur, du fait que les premières sont prévues à la fois par les termes de la loi et par la volonté du législateur tandis que les secondes sont uniquement basées sur l'intention du prince (3). Le sens que la *Summa* donne à la *mens legis* est d'ailleurs plus étendu qu'il ne le sera dans la suite. Pour elle, les actions utiles sont accordées en vertu de l'équité, bien qu'elle les fasse remonter à une volonté implicite du législateur. Elle rattache donc cet effet

(1) Suivant la Gl. ad Cod. VIII. I. *De interdīctis*. l. I. *Cum proponas*. v. *quibus ostenditur*.

(2) F. de Zulueta. — Lib. IV. tit. 12. n. 2. ad Cod. IV. 10. 1. *...ex aequitate tantum datur utilis actio...*

(3) H. Fitting, *Die Summa Codicis*. Ad. Cod. IV. *De actionibus et obligationibus*. n. 10. *Directa quidem quae ex mente et verbis legis descendit... dantur autem utiles quae ex mente et sententia legis descendunt tu tamen ex aequitate utili conveniendus es.*

non à la loi, mais à un principe qui lui est extérieur. Il n'est pas encore question à ce sujet de la *ratio legis*, au moins explicitement. Il est pourtant évident que le rôle de la *mens legis* suppose l'emploi au moins implicite quoique inavoué de la *ratio*.

Les mêmes doctrines sont reprises dans la *Summa* de Rogerius (1).

Placentin professe sur le point de savoir s'il est permis de tenir compte des termes de la loi, quand ils paraissent s'opposer à la *mens*, une opinion identique. Suivant lui, il ne faut pas faire prévaloir la *mens legis* sur les termes de la loi ; du moment que le législateur a choisi une expression déterminée, il faut s'y tenir : le législateur indique suffisamment par là sa volonté de ne pas étendre la portée elle-même de la loi (2).

Pour Ioannes Bassianus, par contre, aucune distinction n'est à faire entre une *mens legis* formellement exprimée ou non. L'importance de la *mens* est telle que dans un cas comme dans l'autre, la loi elle-même s'applique. A la question soulevée par Placentin, il faut, répond-il, suivre la *mens legis* : celle-ci est la loi, puisqu'elle est la volonté même du législateur. Peu importe qu'elle soit écrite ou non (3). A la différence des glossateurs précédents, Ioannes insiste ainsi sur le fait qu'il y a application et non plus extension de la loi, puisqu'il ne distingue pas ce qui est écrit, et ce qui ne l'est pas.

Azo, au titre 10 du Livre IV du Code, à propos des interdits directs et utiles, donne une interprétation des lois romaines identique à celle de la *Summa Codicis*. Les actions directes viennent de la volonté du législateur, à condition que celle-ci soit exprimée dans la loi. Là où, par contre, les termes de la loi font défaut, n'est accordée qu'une action utile (4). Il apporte comme argument la loi « Hæc actio » du Digeste au titre « Si quadrupes ». Le quadrupède, fait-il remarquer, est simplement cité à titre d'exemple. Pourtant la loi est étendue en vertu de l'équité. Il termine en assurant que cette doctrine s'applique à tout interdit et à toute action quelle qu'elle soit, et non seulement à l'action « Si quadrupes ».

Les commentateurs postérieurs iront plus loin que lui : ils tireront

(1) *Summa Codicis Rogerii*, B1MAe. t. I. IV. 12. *De act. et oblig.*

(2) Cf. Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus*. l. 5. *Non dubium*, v. *amplexus*,... an verba legis liceat offendere licet mens vel æquitas sit in contrarium... Placentinus dixit quod non.

(3) Cf. Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus*. l. 5. *Non dubium*. v. *amplexus*. sed Ioannes contra. — Il assimile la *mens* à la loi au moins dans une certaine mesure dans sa *lectura* de la l. *Non dubium* du Code (I. 14. 5.) : Committit quis contra legem in tribus modis... quando contra verba et mentem legis... contra mentem... quando verba legis amplectitur contra sententiam legis (Man. Brancacciana. IV. D. 4. f° 32r. 2 col., 32r).

(4) Azo. *Summa*. Ad. Cod. IV. 10. *De actionibus et obligationibus*. n. 15., ubi vero difficiunt verba sed voluntas vel sententia legis tacite exigit actionem dari, datur actio utilis... — De même dans sa *Lectura*, ib. n. 4. in hoc casu datur utilis actio de æquitate.

du caractère exemplatif d'une disposition légale des conclusions plus audacieuses et feront rentrer dans le cadre même de la loi tous les cas qui peuvent y rentrer à ce titre.

Roffredus dans son commentaire sur le Code paraît attacher moins d'importance à la *mens* que ne l'avait fait Ioannes Bassianus, son maître. A la loi « Non dubium », il distingue seulement deux manières de heurter la loi : en s'opposant aux termes joints à la *mens*, ou à la *mens* seule (1). Ioannes, on l'a vu, en avait distingué trois. A la loi « Curatoris », sa doctrine est identique à celle des contemporains. De même à la loi « Data » (2).

La doctrine des glossateurs devait se trouver un peu plus tard traitée avec beaucoup plus d'ampleur dans la Grande Glose. On y voit très nettement comment cette théorie a été extraite du Corpus, ensuite quelles applications en ont été faites, et enfin qu'il s'agit non d'une application stricte de la loi, mais d'une extension de la loi en vertu d'un principe extérieur à cette dernière. Tels sont les points à examiner et à établir.

D'abord, la Grande Glose extrait du Corpus la doctrine de l'extension (non pas de l'application) de la loi : l'extension faite par la Glose a lieu, en effet, pour plusieurs motifs qui excluent l'application immédiate de la loi : elle se produit en vertu de l'identité de la *ratio legis*, en vertu de la *mens*, en vertu enfin de l'interprétation. Elle constate d'abord l'existence du principe : « ubi eadem ratio, ibi idem ius » ou « ubi eadem ratio, ibi eadem aequitas ». C'est en raison de cette règle, déclare-t-elle dans la loi « Illud » (3), que les circonstances d'application de l'action de la loi Aquilia prévue au cas de vol par les esclaves doivent être respectées pour le cas de l'action « Damni iniuriæ ». D'autres exemples sont disséminés un peu partout dans les Pandeetes, notamment dans la loi « A Titio » (4), dans l'Authentique « Quas actiones », dans la loi « Quaedam § Nummularios » et dans la loi « Non dubium ».

La doctrine de l'extension en vertu de la *mens legis* est tirée surtout de la loi sur la tutelle des affranchis (5). Cette tutelle avait été appelée « légitime » par les jurisconsultes romains par analogie avec la loi qui confiait la tutelle aux agnats. Il en est de même à propos des

(1) Roffredus. *Ad Cod.* Ad l. 5. *Non dubium*. l. 14. *De legibus*. f° 11v, *duobus autem modis contra legem fieri manifestum est : uno cum quis manifeste et contra verba legis ipsius et contra sententiam facit... altero cum quis verbis legis constituti sententiam circumvenit.*

(2) Idem. *Ib.* Ad II. 19. *De neg. gest.* 17. *Curatoris*. f° 34v. *Non dicitur quod curator non sponte gerit, edictum hoc tamen de eo qui sponte gerit loquitur tunc, itaque tantum ex interpretatione edicti, et ideo non directa, sed utili.* — *Ad Cod.* IV. 10. *De act.* 1. *Data*. f° 62r, *competit autem forte tibi utilis in defectum.*

(3) Gl. ad Dig. IX. 2. *Ad legem Aquiliam*. l. 32. *Illud*. v. *aestimari*.

(4) Gl. ad Dig. XLV. I. *De verborum obligationibus*. l. 108. *A Titio*. v. *reddi*. — Gl. ad. *Cod.* I. 2. *De sacr. eccl.* Auth. *Quas actiones*. v. *excluduntur*. — Gl. ad Dig. II. 13. *De edendo*. l. *Quaedam*. 9. § 2. *Nummularios*. v. *sicut*. — Gl. ad Dig. XXXVII. 13. *De bonorum possessione*. l. un. *Non dubium*. v. *cum eadem*.

(5) Gl. ad. *Inst.* I. 17. *De legitima patronorum tutela*. v. *legitima*.

lois sur la gestion d'affaires, sur l'interdit « *Ut possidetis* » et sur les curateurs (1).

Enfin, la Glose signale un troisième procédé d'extension de la loi en vertu de l'interprétation. La loi des XII Tables avait déterminé que la tutelle des affranchis des deux sexes serait accordée à leurs patrons et à leurs descendants. Les juriconsultes romains avaient étendu cette disposition au fils émancipé (2).

Dans tous cas, la raison n'est étendue que parce qu'elle est exprimée dans la loi : Accurse, en effet, au sujet du dissentiment existant entre Placentin et Ioannes Bassianus, donne raison à Ioannes, si la raison est écrite, sinon, ajoute-t-il, Placentin a raison de ne pas faire prévaloir la *mens* sur les termes de la loi (3).

Ainsi la doctrine générale des glossateurs sur ce point était-elle, sauf la tendance plus large de Ioannes Bassianus, de tenir compte de la *ratio* ou de la *mens*, mais seulement dans la mesure où elle était certaine et ressortait du texte lui-même de la loi.

La Glose fait elle-même d'ailleurs des applications de cette théorie en de nombreux cas où la raison exprimée dans le texte se trouve être identique. Ainsi, elle étend la loi « *Dotium* » du titre « *Solutio matrimonii* » aux femmes résidant dans tout l'Empire. Cette loi relative à la dot n'était pourtant portée que pour la ville de Rome : mais la cause se trouvait identique pour toutes les cités (4). Elle étend également la disposition de la loi « *Cum mulier* » (5) qui dénie à l'époux adultère le droit de réclamer la dot à sa femme adultère, au cas d'une accusation d'adultère lancée par le mari contre son épouse. Dans cette hypothèse comme dans la précédente, dit la Glose, le mari en raison du crime qu'il a lui-même commis ne peut se prévaloir du bénéfice de la loi contre son épouse. Il est en effet coupable comme sa femme : pas plus que dans le premier cas il ne peut réclamer la dot, il ne pourra dans le second accuser sa femme d'adultère. La Glose procède de la même manière à propos des dispositions qui concernent la tutelle : elles sont étendues à la curatelle pour identité de raison (6) exprimée. D'autres règles concernant les beaux-frères sont étendues à l'époux (7).

En vertu de quel principe, la Glose fait-elle ces extensions : est-ce à cause de la loi elle-même qui est supposée prévoir et embrasser chacun de ces cas ou est-ce en raison d'un principe extérieur à la loi ?

(1) Gl. ad. Cod. II. 19 (18). *De negotiis gestis*. l. 17. *Curatoris*. v. *actionis*. — Gl. ad Cod. VIII. 6. *Ut possidetis*. l. 1. *Ut possidetis*. v. *fundum*. — Gl. ad Dig. XXVI. *De legitimis tutor*. 4. l. 3. *Tutela*. § 10. *Si parens*. v. *legitima*.

(2) Gl. ad Inst. I. *De legitima patronorum tutela*. t. 17. v. *ex eadem*. — Ib. t. 16. *De legitima parentum tutela*. v. *exemplo*.

(3) Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus*. l. 5. *Non dubium*. v. *amplexus*.

(4) Gl. ad Dig. XXIV. 3. *Solutio matrimonii*. l. 1. *Dotium*. v. *civitatem*.

(5) Gl. ib. l. 47. *Cum mulier*. v. *si tamen*.

(6) Gl. ad Auth. *Ut hi qui obligatas*. coll. VI. c. 2. *Sed etsi*. v. *ad curatorem*.

(7) Gl. ad Cod. V. 12. *De iure dotium*. l. 29. *Ubi adhuc*. v. *ad inopiam*.

La pensée qui nous paraît ressortir avec évidence de tous ces textes est qu'il s'agit non d'une application, mais d'une interprétation ou d'une extension proprement dite de la loi en vertu de l'équité, donc d'un principe extérieur à la législation positive.

Ceci ressort des expressions mêmes employées par la Glose, et aussi, du fait que les effets de la loi ne sanctionnent pas ces extensions.

D'abord, les termes de la Glose indiquent qu'il n'y a pas dans ces cas à proprement parler application de la loi. La Glose en effet recourt pour légitimer cette extension soit à l'équité (1), soit à l'interprétation (2), soit enfin à la *ratio* (3). D'ailleurs elle oppose le « *ius* », c'est-à-dire la loi écrite, au « *processus ad similia* » qui désigne toute extension.

En second lieu, les effets de la loi ne sanctionnent pas ces extensions : en effet, les actions ou interdits accordés sont seulement utiles et non directs. Ainsi, en l'absence de termes exprès accordant l'interdit direct, un interdit est accordé en vertu de l'équité quand il s'agit de racines d'arbres pénétrant dans le fonds voisin (4). Une réflexion de la Glose sur la loi « *Legitima tutela* » (5) conclut dans le même sens au mot « *sed per consequentias* » : ainsi en est-il suivant l'esprit de la loi ; or, l'expression « *per consequentias* » indique certainement une extension de la loi à laquelle tous ses effets n'étaient pas attachés, puisque les dispositions pénales, exorbitantes ou correctives, n'étaient pas susceptibles d'extension (6). Enfin, en maints endroits, cette extension en vertu de la *mens* était refusée par la Glose elle-même aux prescriptions odieuses (7) : la Glose admettait ainsi implicitement qu'il s'agissait non d'une application de la loi, mais d'une extension de celle-ci. Elle tenait donc certainement que les extensions faites à cause de la *mens*, de la *ratio* étaient pratiquées en vertu d'un principe extra-légal.

Un dernier argument nous semble lever toute hésitation : la Glose, avons-nous vu, identifie le « *processus ad similia* » avec l'extension pour identité ou similitude de raison, ce point est indiscutable ; d'autre part, elle admet qu'au cas d'hypothèse nouvelle, il faut avant tout recourir au Prince, et, seulement après, ou à défaut de celui-ci, utiliser le « *pro-*

(1) Gl. ad Auth. *Matri et aviae*. Cod. V. 35. *Quando mulier. v. tutelam. ...eadem est aequitas.*

(2) Gl. ad Cod. IV. 18. *De const. pecunia*. l. 3. *Divi Hadriani. v. nullo modo.* Ad Inst. § I. *de legitima patron. tutela*. 17. v. *iusserit.* — Ad Cod. V. 62. *de excusat. tutorum*. l. 17. *Licet. v. sententiam.* — Gl. ad Inst. I. 18. *De leg. par. tutela. v. exemplo.*

(3) Gl. ad Institut. I. 17. *De legitima patr. tutela. v. iusserit.* — Gl. ad Cod. VIII. I. *De interdictis*. l. 1. *Cum proponas. v. quibus ostenditur.*

(4) Gl. ad Cod. VIII. I. *De interdictis*. l. 1. *Cum proponas. v. in vicina.*

(5) Gl. ad Dig. XXVI. 4. *De legitimis tutor. l. 3. Legitima tutela. v. sed per consequentias.*

(6) Gl. ad Dig. II. 4. *De in ius vocando*. l. 25. *Si sine venia. v. aureos.* — Gl. ad Dig. XLVIII. 19. *De poenis*. l. 42. *Interpretatione. v. interpretatione.*

(7) Gl. ib.

cessus ad similia » (1). C'est donc que ce dernier n'appliquait pas la loi, mais en étendait le domaine (2).

Suivant la Glose, il y avait donc extension, mais non application de la loi en vertu de l'identité d'une raison exprimée dans le texte légal.

On constate pourtant parfois dans la Glose elle-même une tendance, celle de Ioannes Bassianus, à aller plus loin et à assimiler les solutions données en vertu de l'interprétation aux solutions strictement légales. Il en est ainsi, par exemple, de quelques notes qui ont trait à la prééminence à reconnaître au sens de la loi sur les termes de la loi. Ainsi, la glose de la loi « *Nominis* » déclare formellement : la décision de la loi s'applique même où les termes s'arrêtent. Il faut toutefois ajouter que l'argument apporté impose une certaine restriction : c'est la loi « *Si quadrupes* » qui accorde simplement une action utile (3). De même dans le commentaire de la loi « *Consuetudinis* » au titre « *Quae sit longa consuetudo* », elle dit : il ne faut pas moins considérer l'esprit et la raison de la loi, que la loi elle-même. La Glose assimile ici expressément l'esprit et la raison de la loi (4). Ainsi en était-il également pour un cas où la *ratio* était unique : l'extension est faite en vertu d'une *ratio* non exprimée dans le texte légal. En cette hypothèse la Glose semble affirmer qu'il y a application et pas seulement extension de la loi (5).

Ainsi se trouvait préparée la voie aux commentateurs qui allaient s'emparer de ces textes pour faire prévaloir l'esprit de la loi sur les termes eux-mêmes : un double principe était affirmé, l'un traditionnel, reconnaissant la possibilité d'étendre la loi au-delà des termes mêmes de cette loi en vertu d'un principe qui lui était extérieur : l'équité, et l'autre inclinant vers la possibilité d'étendre la loi en vertu de la loi elle-même ou de la *mens legis*. Ce second principe allait être dans la suite développé et poussé jusqu'à ses extrêmes conséquences pour deux raisons : d'une part, l'importance donnée à la *mens legis*, d'autre part, le développement extraordinaire que prit la doctrine de la *ratio legis* qui servait précisément à mieux expliciter la pensée du législateur.

Il faut néanmoins observer que le principe posé en premier lieu est extrêmement net : l'extension, tant celle que les glossateurs constataient dans le Corpus, que celle qu'ils pratiquaient, trouvait son fondement dans l'équité, dans l'interprétation, donc dans un principe extérieur, ou mieux supérieur à la loi qu'ils étendaient ; or, la limite était nette entre la loi et son extension ou son interprétation, puisque des effets différents étaient, on le verra, reconnus à l'un et à l'autre.

(1) Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus*. l. 1. *Cum de novo*. v. *cum de novo*.

(2) Ainsi d'ailleurs l'ont compris les commentateurs ; Bartole, par exemple, dit : *Illud quod est ex mente est lex, licet in multis glossis reperiatur quod ex mente competat utilis* (Ad Dig. XLIII. 17. *Uti possidetis*. l. 1. *Ait praetor*, n. 2).

(3) Gl. ad. Dig. L. 16 *De verborum significatione* l. 6. *Nominis et rei*. v. *verbum*.

(4) Gl. v. *aut rationem...* non minus attendi mentem sive rationem quam ipsam legem.

(5) Cf. plus haut page 34, note 2.

La doctrine n'allait pas tarder à changer, car les auteurs attribueront à la *mens legis* des effets reconnus jusqu'alors au seul texte de la loi : ils reconnaîtront, par exemple, aux actions et aux interdits accordés en vertu de l'équité et de l'interprétation la même valeur juridique qu'aux actions et aux interdits concédés par le texte de la loi. Dans leur pensée, le domaine de la loi s'étend, par contre, le champ de l'extension ou de l'analogie se trouvera restreint.

Ils sont arrivés à ce résultat par un double procédé : d'une part, ils ont fait prévaloir dans l'interprétation l'esprit de la loi en admettant que celui-ci peut être considéré indépendamment des termes de la loi et non plus concurremment avec eux ; d'autre part, ils ont accordé des effets légaux non plus seulement à une raison de la loi exprimée dans celle-ci, mais aussi à une *ratio legis* simplement conjecturée ou présumée.

Il est impossible d'assigner la date précise du début de cette évolution : toutefois, l'Ecole française d'Orléans pratiquait cette méthode, et, en outre, il nous semble indiscutable qu'à Bologne même (1), et indépendamment, semble-t-il, de l'Ecole française, les auteurs l'aient peu à peu admise (2).

Ainsi, verrons-nous la progression de ces idées nouvelles dans l'Ecole bolonaise, puis dans l'Ecole française, enfin à partir de Cinus chez les juristes et canonistes italiens jusqu'à la fin du XVI^{me} siècle.

§ II. — L'ÉCOLE ITALIENNE AVANT CINUS

La doctrine affirme toujours nettement qu'il n'y a pas, au cas d'emploi de la *ratio*, application, mais extension de la loi : la glose du Décret déclare, en effet : « *deficiente iure et consuetudine procedatur de similibus ad similia* » (3).

Innocent IV reproduit le même raisonnement, mais paraît lui accorder une moindre attention (4) ; il est rare d'en trouver expressément mention dans son *apparatus*.

Chez Bernard de Parme le même principe se retrouve : « *ubi eadem ratio, ibi idem ius* » (5). Il n'admet certainement pas l'application de la loi aux cas où se retrouve une raison identique. Cela ressort jusqu'à l'évidence de sa glose du chapitre « *Quanto amplius* » (6). Cependant il

(1) Sur l'Ecole napolitaine, voir *Iuris interpretes saeculi XIII*, p. XLV.

(2) Cf. I. Pfaff, *Zur Lehre*, p. 14 s.

(3) Ad. D. I. c. 5. *Consuetudo. v. consuetudo*.

(4) Innocentius IV. Ad X. III. *De praebendis*, 5. c. 28. *De multa. v. confratur*, — Ad X. I. *De electione*, 6. c. 54. *Dudum ecclesia. v. electionis tempore*.

(5) Ainsi dans Gl. ad X. II. *De testibus*, 20. c. 17. *Fraternitatis. v. novis*. — Gl. ad X. II. *De exceptionibus*, 25. c. 8. *Dilecti. v. si res*. — Gl. ib. c. 11. *Significavit. v. defensio*. — Gl. ad X. II. *De confirm. utili vel in*, 30. c. 4. *Cum dilecta. v. similitudine*. — Gl. ad X. V. *De simonia*, 3. c. 7. *Tanta. v. etiam meretrix*.

(6) Gl. ad X. V. 33. *De privilegiis*, c. 26. *v. sola verba*. — Cf. gl. ad X. I. 38. *De procurationibus*, c. 2. *Ex parte. v. Idem iudicium*.

est certain que le principe ne vaut ni pour les dispenses, ni pour les privilèges, ni pour les peines (1).

L'Hostiensis, par contre, est plus explicite : chez lui reparait fréquemment la mention du principe d'identité de raison (2). Il insiste aussi beaucoup sur la nécessité de faire prévaloir en matière d'interprétation la *mens sur les termes de la loi* (3). Cette tendance est manifeste dans la *lectura*. Cependant, il assimile encore expressément le *processus ad similia* avec l'identité de raison (4). Il n'y a donc pas encore avec lui accroissement du domaine lui-même de la loi.

La tendance d'Odofredus est identique à celle de l'Hostiensis, élève comme lui de Iac. Balduinus.

D'une part, en effet, il garde la même doctrine que ses prédécesseurs au sujet de l'origine des actions directes et utiles (5). D'autre part, toutefois, il semble assimiler déjà la « *sententia legis* » seule à la « *sententia cum verbis legis* », notamment dans son interprétation de l'Authentique « *Quas actiones* », et des lois « *Si ex pecunia* » et « *Si quis servo* » du Code (5).

L'argument *ex mente legis* se développe encore plus avec Guy de Suze (7), entre 1285 et 1293. Sur la question de savoir si un statut pénal est applicable aux femmes, Guy répond que même s'il y est spécifié qu'il n'est susceptible d'aucune interprétation, il s'étend aux femmes. Il soutient une idée analogue à propos de l'identité de raison : les statuts (qui sont de droit strict) peuvent-ils être interprétés ? il répondait par l'affirmative à condition qu'ils ne soient pas contraires au droit (8).

Cette même évolution se remarque dans son commentaire sur le Code. A la loi « *Non dubium* », il conserve la doctrine de la Glose : la *mens* doit l'emporter sur les termes de la loi, si elle est écrite : néanmoins, il fait mention d'une nouvelle distinction qui accroît encore le domaine

(1) Gl. ad X. III. *De praebendis*. 5. c. 28. *De multa*. v. *in eadem ecclesiae*, où l'extension a lieu parce que le droit lui-même a assimilé ces deux cas, comme Bernard le note.

(2) Hostiensis. *Lectura*. Ad. X. II. *De confirmatione utilit vcl inuit*. 30 c. 4. *Cum dilecta*. v. *similitudine*. — Ad. X. IV. *De consanguinitate et affin*. 13. c. 7. *Tua*. v. *cadem*. — Ad X. V. *De simonia*. 3. c. 40. *Quoniam simoniaca*. v. *collocari*.

(3) Id. ib. Ad X. I. *De electione*. 6. c. 13. *Quia propter*. v. *viduitatis*. — Ad X. I. *De officio et potest*. 29. c. 15. *Super eo*. v. *intentionis*.

(4) Id. ib. Ad X. I. *De elect*. 6. n. 44. *Nil v. concordia*. nec obstat... quod... eadem ratio, quia cum privilegium sit, extendi non potest. — Hostiensis. o. c. Ad X. IV. *De consanguinitate et affinitate*. 13. c. 7. *Tua*. v. *cadem*. — Gl. ad X. I. *De constitutionibus*. 2. c. 3. *Translato*. v. *quod de uno*.

(5) Odofredus. *In Cod*. II. 18. *de neg. gestis*. l. 27. *Curatoris*. n. 2 ; VIII. 1. *de interdictis*. l. 1. *Cum proponas*. n. 2 ; VIII. 6. *Ut possidetis*. l. 1. *Ut possidetis*. n. 18.

(6) Idem. Ib. Auth. *Quas actiones*. n. 2. ; VI. 2. *De furtis*. l. 1. *Si ex pecunia*. n. 10 ; VI. 2. *De furtis* l. 20. *Si quis servo*. n. 3. s.

(7) Suivant Alb. de Rosate. *De statutis*. q. 9. n. 58.

(8) Guy de Suze. *Quaestiones statutorum*. f° 3. v. *sed pone quaestionem*. de facto est aliquod statutum in quo aliquid continetur, volo procedere de similibus ad similia. — Cité par Alb. de Rosate, *In tit. de reg. iur.* Ad R. *Quac propter*. n. 5.

de la *mens* : si cette dernière n'est pas écrite, elle peut être appliquée de préférence aux termes de la loi, quand de ceux-ci découle un « pravius aut malus sensus » (1). Plus loin, à la loi « Curatoris », il repousse, le premier, à notre connaissance, en Italie, la doctrine de la Glose sur l'action utile donnée au gérant d'affaires nécessaire. Il ne mentionne pas toutefois, comme le fait Jacques de Révigny, que cette interprétation provient de l'assimilation entre la *mens* et la loi (2). Son commentaire sur le Digeste n'offre rien de saillant à notre point de vue (3).

Ioannes Garsias, à la même époque, fait une remarque extraordinaire, note Albericus de Rosate (4). Dans sa glose de la décrétale *Capientes* (5), il précise qu'au cas d'identité de raison, il n'y a pas extension de la loi. C'est à notre connaissance le premier texte qui formule cette détermination.

D'autres, sans attendre l'influence de l'Ecole française, continuent dans le même sens et développent l'argument *ex mente legis* sans exiger que la *ratio legis* soit exprimée ; ils lui attribuent les effets non en vertu de l'interprétation, mais en vertu de la loi même. Ainsi, Iacobus de Arena, entre 1290 et 1297, à propos de l'interprétation d'un statut de Bologne. Le statut à interpréter excluait de la succession les filles en présence d'un fils. Cette disposition, fondée sur la volonté de favoriser la famille agnatique, était contraire au droit commun et ne devait par conséquent pas être étendue. Or, la question posée était la suivante : au cas du décès d'un fils unique laissant un héritier, une fille pouvait-elle néanmoins être appelée à la succession. La difficulté portait précisément sur le point de savoir si, sous l'appellation de « fils », les petits-fils pouvaient être compris. Iacobus de Arena répondait par l'affirmative, quoique la *ratio legis* ne fut pas exprimée dans la loi. L'argument qu'il apportait était uniquement l'esprit du statut. Ce dernier était établi afin de conserver la famille des agnats. Or, disait-il, cette disposition convient plus pour le petit-fils que pour la fille (6). Il tirait ainsi argument d'une *ratio legis* non exprimée, mais simplement admise

(1) Idem. *In Cod. Ad I. 14. de leg. 5. Non dubium.* f° 33v. super gl. v. *amplexus.* distingue aut mens et verba discordant (?) et tunc utrumque debet servari... aut mens discrepat a verbis, et tunc aut est scripta et servatur mens, non verba... si autem non scripta est... aut pravius sensus seu malus per observantiam verborum indicitur et tunc mens servatur et receditur a verbis.

(2) Idem. *ib.* Ad II. 18. *De negociis gestis.* l. 17. *Curatoris.* f° 38v, item reprehendit hanc glossam in hoc quod dicit dari utilem gerenti ex necessitate negocia ; nulla enim lex dicit dari utilem gerenti ex necessitate, sed multae leges dicunt dari contrariam (? directam).

(3) Idem. *Ad Dig. vetus.* notamment à la l. 47. *Actio. De neg. gest.* III 5, f° 93v.

(4) Alb. de Rosate. *In tit. De regulis iuris.* Ad R. I. *Quae propter necessitatem.* n. 2. nec dicitur hoc casu lex extendi cum sit eadem vel maior ratio. — Sur I. Garsias, cf. J. F. Schulte. II. 48.

(5) De Nicolas III, plus tard insérée dans le Sexte (VI°. I. *De electione.* 6. c. 16).

(6) Iacobus de Arena. *In Dig. L. 16. De verborum significatione.* l. 220. *Liberiorum.*

par les juriconsultes. Ceci était contraire à la théorie de la Glose qui exigeait une *mens legis* exprimée (1). D'ailleurs sa tendance à argumenter suivant l'esprit de la loi est notée par Bartole et tous les contemporains (2). D'ailleurs, il spécifie lui-même à la loi « Qui autem » du Code que la *mens* peut dépasser les termes de la loi (3). Il précise dans son commentaire aux Institutes, que là où se trouve une raison identique, il s'agit du même cas que dans la loi (4).

Jacobus de Arena ne tarda pas à faire école et d'aucuns allèrent plus loin encore au témoignage de Cinus (5) : il leur suffirait que la raison invoquée soit naturelle et puisse être prouvée par analogie.

Par contre, la doctrine de la Glose était encore soutenue par nombre d'auteurs, notamment par Dynus Mugellanus (6). Ceci apparaît d'une manière évidente dans son traité « de arbore actionum », suivant le langage fleuri de l'époque. La neuvième distinction des actions, dit ce commentateur, est celle des actions directes et utiles. Les actions directes sont celles qui procèdent à la fois des termes et de l'esprit de la loi ; les actions utiles, au contraire, sont celles qui viennent exclusivement de l'esprit de la loi. Il rappelle à ce propos la loi « Haec actio » (7) et conclut : rien n'est prévu par les termes de la loi, il faut en conséquence admettre cette solution en vertu d'une certaine équité extensive. Il apporte aussi en confirmation l'exemple de la loi « Curatoris » sur la gestion d'affaires. L'interprétation qu'il donne d'un statut, et que rappelle Bartole (8), concorde pleinement avec sa thèse sur les actions directes et utiles. Faut-il étendre aux femmes une disposition prévoyant que nul ne devait sortir sans lumière durant la nuit ? Dynus récusé l'application de cette règle aux femmes, parce qu'elle serait, selon lui, une extension de la loi. Ainsi, il n'y a pas de doute que Dynus ait suivi la doctrine de la Glose.

C'est néanmoins sous sa plume que se retrouvera l'affirmation de l'identité absolue entre la loi et la *mens* ou la *ratio legis*. Sans doute, cette proposition se retrouve au moins implicitement dans certaines gloses, c'est lui pourtant qui le premier la pose franchement dans son commentaire de la Règle « Certum » (9). Tous les auteurs postérieurs s'en sont emparés pour identifier complètement la loi et la pensée de la loi.

(1) Voir plus haut p. 40.

(2) Tract. de Bannis, n. 11.

(3) Iac. de Arena. In Cod. Ad Cod. Quae in fraudem, l. Qui autem. Licet verba cessent, mens tamen non cessat.

(4) Idem. Super Instit. IV. 6. De actio. § 7. Item Serviana, n. 22 s. Cum aliquod statuitur propter unam rationem et eadem reperitur in alieno iudicio, eundem casum.

(5) Cinus. In Codicem. Ad I. 14. De legibus, l. 5. Non dubium, n. 13.

(6) Dynus Mugellanus. Lectura, col. 3. Nona divisio.

(7) Dig. IX. 1. Si quadrupes, 4.

(8) Bartolus a Saxoferrato. In Digestum, Ad I. 3. De legibus, l. 7. Iura, n. 2.

(9) Dynus Mugellanus. Ad RI. Certum.

A cette époque la doctrine de l'Ecole bolonaise n'était donc pas unanime. Deux tendances opposées s'y manifestaient : celle qui suivait strictement la Glose était plus répandue que celle voulant faire rendre à la loi tout ce qu'elle pouvait donner et qui remontait à Ioannes Bassianus. La preuve en est que Dynus lui-même rapporte en propres termes le principe d'identité entre la loi et son esprit par lequel tous les commentateurs légitiment l'importance donnée à l'esprit de la loi.

§ III. — L'ECOLE FRANÇAISE D'ORLÉANS ET LA DOCTRINE DE CINUS

Cependant, l'Ecole française d'Orléans admettait un système d'interprétation plus large dans son ensemble que celui de l'Ecole bolonaise. Au lieu de s'en tenir aux termes de la loi pour limiter sa portée, ses doctrines prenaient comme point de départ la pensée ou l'esprit de la loi. Ainsi elle s'étendait naturellement à tous les objets qui pouvaient tomber sous sa *ratio*, et ceci, non plus par un procédé d'interprétation, mais en vertu de la loi elle-même (1).

Jacques de Révigny interprétait en effet le Digeste plus largement que ne l'avaient fait les glossateurs. A propos de l'interdit « *Uti possidetis* » (2), par exemple, accordé par le texte de la loi seulement quand il s'agit de maisons, il fait remarquer que les maisons ne sont citées qu'à titre d'exemple. La Glose l'avait déjà noté. Il y a, avait-elle dit, identité de raison pour les immeubles ruraux, par conséquent disposition identique en faveur de ceux-ci, mais en vertu de l'équité (3). Pour Jacques de Révigny, au contraire, il y a lieu à application directe de la loi elle-même (4). De même en est-il pour l'interdit « *Utrubi* » qui est accordé non seulement quand les hommes, mais aussi quand les animaux ont causé quelque dommage (5). Il ajoute que l'interdit direct est accordé quand il est prévu par la *mens legis*, et l'interdit utile quand l'ont défaut à la fois l'intention du législateur et les termes de la loi. Il argumente dans le même sens au commentaire du titre 10 sur les actions (6). Partout où une identique *mens legis*, dit-il en substance, se manifeste

(1) Cf. E. M. Meyers. *De universiteit van Orléans*, t. II, p. 490 s.

(2) Suivant Cinus. o. c. Ad Cod. VIII. 6. *Uti possidetis*. n. 4. — Cinus n'a connu l'œuvre de J. de Révigny que par des *repetitiones* ; d'autre part, il le tenait pour maître de P. de Belleperche et il l'associe dans toutes ses références. Les attributions qu'il fait ne sont donc à accepter que sous bénéfice d'inventaire. — Cf. E. M. Meyers, *Notice sur la vie et l'œuvre de J. de R.*, dans *Tijdschrift*. II. 1920, p. 499 s.

(3) Gl. ad Dig. XLIII. 17. *Uti possidetis*. l. 1. *Ait praetor. v. praedii*.

(4) Suivant Cinus. o. c. VIII. 6. *Uti possidetis*. n. 4. ...non est ex mente sicut dicit glossa, sed ex ratione legis extensa per iurisconsultos.

(5) Suivant Cinus. o. c. l. c.

(6) Petrus a Bellapertica. *Lectura*. Ad. Cod. IV. 19. *rub.* Dico quod est falsum quod utilis sit, quae competit ex mente legis.

la loi elle-même s'applique. Il est donc erroné de baser la doctrine des actions directes et utiles sur le fait que les unes sont prévues par les termes de la loi et par son esprit, les secondes uniquement par la *mens legis*. Tout ce qui vient de l'esprit de la loi doit être placé sur le même pied que ce qui provient du texte. Il n'applique pas cependant sa théorie avec toute la logique souhaitable puisqu'il refuse un interdit direct au cas similaire à celui de la loi « Cum proponas » (1).

Néanmoins, sa doctrine ressort très nettement de la solution qu'il donne à la question posée dans la loi « Cum de novo ». Il s'agissait de savoir ce qu'il fallait faire au cas où le droit faisait défaut. La Glose avait répondu, on l'a vu : il faut d'abord consulter le législateur, et seulement si cette consultation est impossible, il faudra « *procedere ad similia* ». Jacques, par contre, fidèle à son principe qui assimile l'esprit de la loi à la loi, répond : même si l'empereur était à la porte du tribunal, il faudrait « *procedere ad similia* » en premier lieu (2).

Cette nouvelle théorie était pourtant difficilement conciliable avec certains textes du Digeste, accordant expressément une action utile. Le commentateur se tire de ce mauvais pas, en déclarant que cette attribution était l'œuvre de l'interprétation des juriconsultes anciens, par suite d'une extension de la *ratio legis* (3). Comment faut-il entendre cette expression ? le juriste veut-il simplement parler d'une *ratio legis* non exprimée dans la loi et précisée par les juriconsultes, ou parle-t-il d'une *ratio legis* exprimée dans le texte, mais étendue par les prudents au-delà de la *mens* de la loi ? Il est difficile de s'en rendre compte, car l'auteur n'insiste pas. La première hypothèse serait certes plus conforme à la théorie communément admise dans la Glose.

Pierre de Belleperche, sur tous ces points, suit la doctrine de Jacques de Révigny ainsi que le rapporte Cinus à tous les passages cités (4). C'est à l'application de ces principes que sera due l'extension abusive apportée au domaine propre de la loi elle-même. Lambertus de Salinis suit la même tendance : il faut procéder par analogie avant de recourir au prince (5).

Grâce à Cinus, en effet, la tendance de Ioannes Bassianus semblable à celle de l'Ecole française, et représentée notamment par Iacobus de Arena, se trouve renforcée à Bologne et finira par l'emporter jusqu'au

(1) Idem. o. c. Ad Cod. VIII. 1. *De interdictis*. 1. *Cum proponas*. n. 1.

(2) Petrus de Bellapertica. Ad Cod. I. 14. *De leg. 1. Cum de novo*. n. 2 s. — Sur l'origine de cette doctrine, voir H. Fitting. *Lo Cod.* VIII. 50. n. 2. qui fait passer même avant la coutume l'argument d'analogie. Si de aliquo negocio non est lex scripta, debet iudicari secundum argumentum alterius legis quae loquitur de aliquo simili illi negocio de quo est placitum, et si non est lex aliqua neque similitudo... debet iudicari secundum consuetudinem...

(3) Suivant Cinus, o. c. Ad Cod. IV. 10. *De act.* n. 3.

(4) Notamment à la loi « Cum de novo ». *Lectura Codicis*. Ad I. 14. II. f° 25v. 2 col. — Cf. aussi *Quaestiones aureae et singulares*, p. 70. q. 250.

(5) F° 65, col. 1 : ...aut non est consuetudine determinatum et tunc proceditur de similibus ad similia, et si non sit quid simile tunc ultimo cum principe.

XVI^{me} siècle. Cependant, il faudra attendre Bartole et Balde pour que la doctrine sur l'influence de la *ratio* soit bien définie. Les auteurs postérieurs, surtout le Panormitan, ne feront que mettre mieux en relief l'extension indéfinie du domaine de la loi suivant les principes précédemment élaborés, et, par conséquent, ils admettront implicitement que dans le système juridique ne peuvent se présenter des lacunes.

Cinus suit la doctrine de l'Ecole française : il s'oppose à la théorie dominante de son temps encore en Italie ; il le dit à propos de la différence entre les actions utiles et les actions directes : elles ne diffèrent pas, comme le prétendent nos docteurs (1), en ce que les unes existent quand les termes et l'esprit de la loi les prévoient, alors que les autres sont concédées simplement par l'esprit de la loi. Le motif en est le suivant : de part et d'autre il y a une raison identique de les accorder, en conséquence, l'effet doit être de même nature et donc direct. Il affirme ainsi explicitement que le seul principe d'interprétation qui soit admissible est la pensée du législateur. Pour expliquer la différence faite entre action directe et action utile dans les textes du Corpus lui-même, il reprend la réponse déjà donnée par Jacques de Révigny, l'action utile diffère de l'action directe en ce qu'elle vient non pas de l'esprit de la loi, mais de la *ratio legis* étendue par les jurisconsultes. Les gloses, conclut-il, ont mal compris les textes en attribuant l'origine de leur différence aux seuls termes de la loi qui les établit.

Dans les cas où le texte légal lui-même prévoit une action utile, comme dans la loi « *Ut tantum* § 1 » (2). Cinus devait bien reconnaître que son système d'interprétation ne cadrerait pas avec celui qu'avaient suivi les jurisconsultes romains. Il esquivait la difficulté, en niant l'identité de la *ratio* dans les deux cas : en conséquence seule l'action utile est accordée parce qu'elle est basée sur l'interprétation des jurisconsultes (3). Le principe d'interprétation de Cinus diffère donc de celui de la Glose et des commentateurs ; selon lui, la loi prévoit tout le domaine qu'embrasse la *mens legis*. Il admet la même doctrine à propos de l'interdit « *Ut possidetis* » (4). Au sujet de la *ratio legis*, il déclare que certains modernes, suivant en cela Iacobus de Arena, étendent la loi en vertu d'une *ratio legis* non exprimée dans le texte (5). Il ne fait aucune objection à cette théorie, qui concorde avec son système, il la rapporte sans l'approuver explicitement. Cinus n'admet pourtant pas toujours la même solution : il n'accorde lui aussi qu'un interdit utile dans un cas semblable à celui de la loi « *Quum proponas* » du Code (6).

(1) In Cod. IV. 10. *de act. et oblig.* n. 3.

(2) Dig. XI. 3. *De servo corrupto*, l. 14. *Ut tantum*, § 1. *De filio*.

(3) O. c. Ad Cod. VI. 2. *De servis*, l. 20. *Si quis servo*, n. 2 s. — Cf. ib. 1. *De servis fug.* l. 1. *servum*, n. 13 ; ib. 35. *De his quibus ut indignis*, l. 20. *Sororem*, n. 2.

(4) O. c. Ad Cod. VIII. 6. *Ut possidetis*, n. 44

(5) Cf. plus haut, p. 46, n. 5.

(6) O. c. Ad Cod. VIII. I. 1. pr.

De même à propos du *negotiorum gestor*, il admet encore la théorie de la Glose, tout en lui assignant d'ailleurs un motif différent : l'action est utile parce qu'il ne s'agit plus d'un quasi-contrat volontaire au cas de gestion d'affaires nécessaire (1).

Ainsi, Cinius incline à admettre, d'une part, que partout où il y a identité de raison, même non exprimée dans la loi, se retrouve la pensée de la loi, fait très important pour l'influence de la *ratio* sur l'extension de la loi. De plus, il admet que le domaine de la loi s'étend à tout ce qui peut tomber sous l'esprit de celle-ci. Toutefois, le fait d'avoir en certains cas rejeté les solutions conformes à ses principes laisse deviner dans sa pensée un certain flottement.

Les canonistes tirent des principes développés par les civilistes leurs applications non seulement pour le domaine canonique, mais aussi pour la doctrine générale. L'Archidiaque (2) et Ioannes Monachus (3) rapportent sans commentaires intéressants la doctrine sur l'identité de la *ratio* et de la *mens*. C'est notamment à Jean d'André qu'il faut faire remonter la première application connue des principes posés plus haut aux matières odieuses. Il admet dans la glose du Sexte que la loi doit s'étendre partout où s'étend la *mens legis*, que cette *mens legis* existe partout où il y a identité de raison, enfin qu'il n'y a extension de la loi que là où cesse d'agir la *mens*. Ces règles sont applicables même aux constitutions pénales. Il l'affirme explicitement dans le commentaire du chapitre « Saepe » (4). Toutefois, il faut le faire remarquer dès l'abord, l'identité de la *ratio legis*, Jean d'André semble bien y insister, présuppose une *ratio* exprimée dans le texte même (5) de la loi. Le chapitre « Saepe » devait donc normalement être étendu. S'il adopte une solution contraire, c'est parce que l'identité de raison ne lui semble pas suffisamment réalisée. Néanmoins, les principes sont très nets, et les commentateurs postérieurs reprendront fréquemment ce texte de Jean d'André au chapitre « Saepe ».

Albericus de Rosate suit la même tendance sans ajouter de précisions (6).

Il en est de même pour Iacobus Butrigarius (7) et Raynerius de Forlivo (8).

(1) O. c. Ad Cod. II. 19. *De negotiis gestis*. l. 17. *Curatoris*. n. 3.

(2) In VIum. 9. *De temp. ord.* c. 1. *Saepe*. v. *Italiae*.

(3) In VI. I. 6. *De elect.* c. 33 *Si postquam*. n. 3 s.

(4) Gl. in VIum. 9. *De temporibus ordinationum*. c. 1. v. *Italiae*.

(5) Cf. idem. In titulum « de regulis iuris » (*Mercuriales*) Ad RI. *Odia*. n. 9.

(6) *De reg. iur.* R. *Quae propter*. n. 2 s. ; *Qui dolo*. n. 3 s. Ad Dig. III. 5. *De neg. gestis*. l. 47. *Actio*. n. 3.

(7) *Lectura*. Ad Cod. VIII. 1. *De interd.* l. 1. *Cum proponas*.

(8) *Repetit. in Dig.* I. 1. *De instit. et iure*. l. 9. *Omnes populi*. n. 92.

§ IV. — L'ÉVOLUTION POSTÉRIEURE DE LA DOCTRINE
JUSQU'À LA FIN DU XVI^me SIÈCLE

Bartole reprend la doctrine de ses prédécesseurs avec plus de logique et d'ensemble. L'un des principaux passages est celui du commentaire de la loi sur la gestion d'affaires (1) dans le Code. Il rappelle que les docteurs critiquent âprement la doctrine de la Glose sur les actions directes et utiles ; celle-ci était donc généralement abandonnée à cette époque. Il s'en fallait pourtant que la nouvelle théorie soit bien nette. L'action directe est accordée chaque fois que la loi la concède, et non seulement en vertu des termes et de l'esprit de la loi, mais même de l'esprit seulement. L'action utile est accordée, par contre (et ici rien de bien neuf depuis Jacques de Révigny, ni surtout rien de bien précis) quand l'extension est l'œuvre des juriconsultes romains pour identité ou similitude de raison. Bartole ne précise pas s'il s'agit ou non d'une raison exprimée dans la loi. Il se réfère comme ses prédécesseurs à l'extension donnée par les juriconsultes sans dire nettement que la *mens* elle-même de la loi connue par l'identité de raison (d'une raison non exprimée, s'entend) peut dépasser les termes de celle-ci. Il fait la même distinction sans plus de précisions aux titres concernant le *negotiorum gestor* et l'action « *Uti possidetis* » dans le Digeste (2).

Mais l'identité de raison dont parle Bartole pour cette extension (non pour l'application) concerne-t-elle une *ratio* non exprimée dans le texte de la loi ? Une objection qu'il propose au sujet de l'interprétation de la loi « *Liberorum* » du Digeste fournit une réponse négative très vraisemblable (3). Le problème posé était de savoir si le statut bolonais excluant d'une succession les filles en présence d'un fils, héritier unique, s'appliquait également au cas d'un petit-fils seul survivant. Le statut devait-il aussi s'étendre au « *nepos* » ? On a vu plus haut la réponse de Iacobus de Arena. Bartole n'admet pas la raison invoquée par son prédécesseur. Il indique le motif de sa réponse : la raison donnée par Iacobus de Arena, celle de favoriser la famille agnatique, n'est pas exprimée dans la loi. Il y avait donc ici aux yeux du juriste non plus application, mais extension de la loi, extension formellement interdite aux docteurs, puisque la *ratio* n'est pas exprimée. Que de fois ne répètent-ils pas eux-mêmes : « *nobis non est extendere legem* ». Bartole admettait donc encore, sur ce point du moins, la doctrine de la Glose : seule une

(1) Bartolus. *In Codicem*. Ad Cod. II. 19. *De negotiis gestis*. l. 17. *Curatoris*. nn. 3 s.

(2) Idem. *In Digestum*. Ad Dig. III. 5. *De negotiis gestis*. l. 47. (49) *Actio*. n. I. — Ad Dig. XLIII. 17. *Uti possidetis*. l. 1. *At practor*. n. 2. — *In Codicem*. ib. Ad IV. 10. *De actionibus*. l. 1. *Data*. n. 12.

(3) Idem. o. c. Ad Dig. L. 16, *De verborum significatione*. l. 220. *Liberorum*. n. 12.

ratio legis exprimée dans la loi peut servir à en accroître le domaine en précisant la pensée du législateur ; si, au contraire, la découverte de cette *ratio* est le fait des juristes, il ne peut en être tenu compte pour connaître l'esprit de la loi.

Ainsi Bartole reste partagé entre les deux tendances : d'une part, il admet que la *mens legis* peut seule suffire à provoquer l'application et non l'extension d'une loi à une nouvelle hypothèse semblable ; mais, d'autre part, il s'en tient à l'opinion de la Glose et de Dynus sur l'identité de raison : si cette dernière ne se trouve pas exprimée dans la loi elle-même, elle est impuissante à indiquer l'esprit de la loi avec suffisamment de certitude.

Balde va préciser l'influence exercée par la *ratio legis* sur l'application de la loi, ainsi que les rapports entre cette *ratio* et la *mens legis*. Il reprend la thèse de Iacobus de Arena sur l'interprétation du statut bolonais déjà cité et affirme résolument qu'une raison unique même non exprimée dans la loi et découverte par les juristes est aussi valable qu'une raison indiquée par les termes mêmes de la loi. Il apporte comme preuve un passage de la Glose utilisant un argument de ce genre, au titre « De fideicommissis » du Code (1).

Il peut ainsi compléter la théorie de la *ratio* dans son commentaire sur la loi concernant le *negotiorum gestor* (2). Deux points sont nets, déclare-t-il sans ambages : l'action accordée est directe quand les termes ou l'esprit de la loi la prévoient ; aucune action n'est donnée au cas où ni les uns ni l'autre ne le font. La raison peut être identique ou seulement similaire : au premier cas, l'action sera directe, dans le second, elle sera utile. Ainsi, pour Balde, le domaine de la loi s'étend partout où se retrouve une raison identique, même si elle n'est pas écrite dans la loi. Par contre, il ne s'étend pas lorsque la *ratio* n'est que semblable. La doctrine est ainsi nettement établie : partout où peut se rencontrer une raison d'être identique, quelle qu'elle soit, la loi est applicable, mais là se trouve la limite extrême de son effet légal. Si la raison d'être est semblable, il n'y a évidemment plus application de la loi, mais interprétation.

Ces données qui, au premier abord, peuvent paraître nettes, sont pourtant imprécises. Quand, en effet, y a-t-il identité de raison, et quand simple similitude ? la distance est bien faible, bien aisée à franchir. De fait, dans la suite, de nombreux auteurs, notamment le Panormitan, n'ont pas hésité à assimiler à l'identité la similitude de raison. Néanmoins, en théorie, l'évolution est achevée : d'un côté, la *mens legis* sert de point de départ à l'interprétation ; et, d'un autre côté, la *ratio legis* identique, même non exprimée, sert à indiquer suffisamment la *mens*

(1) Baldus. In Cod. VI. De lib. praet. l. 4. Max. vitium. n. 15 s.

(2) Baldus. In Codicem. Ad Cod. II. 19 (8). De negotiis gestis. l. 17. Curatoris. nn. 2 ssq.

legis pour qu'il y ait lieu à application de cette dernière. Bartholomaeus a Salyceto (1) se contente de reprendre la doctrine de Balde. Raphael Fulgosius (2) applique ces principes à toutes les dispositions même aux dispositions correctives, point qui, jusqu'alors, était resté dans l'ombre.

Même doctrine chez le Panormitan (3) : partout où il y a identité de raison s'étend le domaine de la loi, même s'il s'agit de dispositions pénales, ou singulières (4), ou de dispenses (5). Il va plus loin encore sur certains points : une constitution pénale ou odieuse peut être étendue même pour une simple similitude de raison, à condition toutefois, ajoute-t-il (6) à cet endroit, que la raison soit exprimée. Il prétend en outre qu'au cas de disposition pénale l'identité absolue de raison n'est pas nécessairement requise (7). Enfin, il va jusqu'à dire que cette extension du domaine légal peut provenir d'une *mens legis* tacite ou même simplement conjecturée (8). Paul de Castro reprend le point de vue de Balde au sujet de la gestion d'affaires et dans le titre « De furtis » (9), Rochus Curtius en répétant l'avis communément suivi a pourtant le mérite de faire remarquer l'équivoque des termes employés par les auteurs : il rappelle qu'il faut distinguer entre identité et similitude de raison. Cependant, ajoute-t-il, la plupart des docteurs se trompent en cela (10). Jason (11) suit la doctrine commune. Sylvester Prieras partage leur sentiment à l'article « Lex » de sa Summa : la *ratio legis* doit être identique ou offrir une ressemblance absolue (12). Decius précise qu'au cas de similitude de raison, une loi même pénale peut encore être appliquée strictement (13). Quelques théoriciens du milieu du XV^{ème} siècle soutiennent le même point de vue. Ainsi Bartholomaeus Caepolla, dans son traité « De interpretatione extensiva » reprend en propres termes la théorie de Balde (14). Il en est de même pour Gambarus dans son traité sur les extensions (15). Ce dernier note pourtant

(1) Bartholomaeus a Saliceto. In Codicem. Ad Cod. II. 18. De negotiis gestis. l. 17. Curatoris. n. 5. — Ad Cod. VI. 2. De servis l. 20. Si quis servo. n. 3.

(2) Raphael Fulgosius. Ad Cod. VI. 61. De bonis quae. l. 5. Non sine. n. 1. s.

(3) Panormitanus. In X. IV. 17. Qui filii sint legitimi. c. 14. Ex tenore, n. 5.

(4) Idem. In Clementinas. In Cle. I. 3. De electione. n. 8.

(5) Idem. ib. In. X. III. 26. De testamentis. 16. Raymundus. n. 40.

(6) Idem. In Clementinas. Cle. I. 7. De officio vicarii. un. Quae de ecclesiis. n. 7.

(7) Idem. In V. II. Decretalium. In X. III. 5. De praebendis. c. 34. Dilectus. n. 6.

(8) Idem. ib. In X. 29. De officio delegati. c. 27. Super quaestionum. n. 7.

(9) In Codicem. Ad Cod. II. 18. De negotiis gestis. l. 17. Curatoris. n. 5. — Ad Cod. VI. 2. De furtis l. 20. Si quis servo. n. 7.

(10) De consuetudine Sect. IV. n. 23.

(11) In Codicem. Ad Cod. VI. 28. De liberis praeteritis. Auth. Non licet. n. 6.

(12) Summa summarum. V^o Lex. n. 18.

(13) Ph. Decius. In Decretales. Ad X. II. 28. De appellationibus, c. 41. Secundo requiris. n. 20.

(14) De interpretatione. I. n. 24 s.

(15) Gambarus. De extensionibus. n. 90. — Après Bartole. Ad Dig. XXVIII. 2. De lib. et post. l. 29 Gallus. § 14. Videndum, n. 3. s.

une différence entre l'interprétation des termes de la loi et celle de la *ratio*. Néanmoins, il met en relief la différence entre les interprétations faites par Innocent IV et celles de son temps. Pour Innocent IV, le point de départ de l'interprétation était formé par les termes de la loi, tout ce qui les dépassait constituait l'extension ou le *processus ad similia*. Au temps de Gambarus, par contre, c'est la *mens* qui forme ce point de départ et son domaine devient pratiquement illimité. Constantius Rogerius (1) étend le domaine embrassé par l'identité de raison aux dispositions correctives, exorbitantes ou pénales. Seul Stephanus a Federicis (2) range nommément parmi les cas d'interprétation de la loi l'expression de ses termes en vertu de la *mens legis*. Enfin Tiraqueau donne un résumé de la théorie dans son commentaire de la glose « Libertis » : la *ratio legis* est la partie essentielle de la loi, partout où elle se peut retrouver, la loi est applicable, sans qu'il y ait à parler d'extension (3).

Telle est l'évolution suivie par la *ratio legis* au point de vue de l'étendue du domaine propre de la loi. Les premiers glossateurs et la Glose lui avaient reconnu une certaine importance ainsi qu'à la *mens legis*, à la condition toutefois qu'elle soit exprimée dans le texte. Peu à peu les principes reçus écartent les restrictions posées : on n'exige plus que la *mens* soit exprimée, elle peut être connue avec une égale certitude sans que cette condition fut remplie ; puis le domaine de la loi se trouva embrassé par elle, même au cas de lois odieuses : enfin, disparut pratiquement toute différence entre *ratio legis* identique et semblable. C'est ainsi que Suarez avait raison de s'écrier que de cette manière le domaine de la loi était indéfini (1). De fait, il ne pouvait y avoir de lacunes dans la législation positive tant civile que canonique.

(1) *De legis interpretatione*. V. n. 108.

(2) *De interpretatione legum*. IV. n. 1 s.

(3) *Opera omnia*, t. V. *Glossa in verbo* « libertis », n. 2 s.

(4) *De legibus*. L. VI. c. 3. n. 23.

CHAPITRE IV

La « ratio legis » et l'extension de la loi

Les commentateurs en étaient donc arrivés à donner à la loi une extension indéfinie. La question se posait alors de savoir si cette doctrine allait être reçue par tous les canonistes et civilistes. Par là même, on aurait reconnu unanimement l'extension indéfinie du domaine de la loi positive et en conséquence l'absence de lacunes dans la législation.

Un certain nombre d'auteurs étaient cependant restés en dehors du courant, et, parmi ceux qui tenaient cette théorie, certains n'en acceptaient pas indistinctement toutes les conclusions. Ces divergences doctrinales et les inconvénients pratiques qu'entraînait la thèse extrême provoquèrent une réaction, surtout de la part de Suarez. Ce dernier, dans son traité « De legibus », entreprit de contenir la loi dans les limites qu'à raison de sa nature elle n'aurait jamais dû franchir. De ce fait, il donnait au problème des lacunes dans la législation une réponse affirmative : il est impossible, en vertu même de la nature de la loi, qu'il n'y ait pas de lacunes dans le système de la législation positive.

Nous exposerons les difficultés auxquelles se heurta la thèse admise par la majorité des commentateurs (1), puis les arguments des théories en présence, et enfin la solution proposée par le savant jésuite, solution qui fut complétée par les canonistes postérieurs. La thèse de l'existence des lacunes avait triomphé.

§ I. — LES DIVERGENCES DANS L'ÉCOLE

De pareilles différences théoriques ne pouvaient manquer de se faire sentir dans les solutions doctrinales données par les auteurs autant que dans les conséquences pratiques supportées par les justiciables. Les divergences doctrinales se manifestent depuis le début du XIV^{ème} siècle. Ce fut le cas de Pierre de Belleperche. La Décrétale « Quia in insulis »

(1) T. Sanchez. III. 42. 4. ...communissima et receptissima.

d'Alexandre III (X. III. 31. *De regularibus*. 6) décidait que nul ne devait être admis dans les communautés religieuses établies dans des îles, avant la pleine puberté, c'est-à-dire dix-huit ans. La *ratio legis* était indiquée dans cette Constitution : la vie monastique y est plus pénible qu'ailleurs. L'intention du législateur qu'elle décelait était donc d'exiger la pleine puberté dans les communautés dont les règles étaient plus sévères, alors que la lettre de la loi parle uniquement des monastères établis dans des îles. Bien des commentateurs (1) restreignaient, de fait, la portée de cette Décrétale aux communautés insulaires dont les règles étaient plus sévères. Pierre, au contraire, suivi par le Panormitan, se basant sur l'intention du législateur, faisait prévaloir celle-ci sur le texte « en dépit des termes restrictifs de la loi », comme disait ce dernier ; il y comprenait tous les ordres rigoureux, notamment les Frères Prêcheurs et les Frères Mineurs (2).

De même, plusieurs canonistes refusaient de restreindre la loi au cas prévu, même s'il y avait similitude et non plus identité de raison. Raphael Fulgosius (3) raisonne de la même manière pour les dispositions d'une loi corrective, à plus forte raison pour toute autre loi. Les uns étaient donc partisans de la restriction aux termes de la loi, les autres, par contre, se basant sur l'identité ou même sur la similitude de raison, de but ou de cause finale, étendaient pratiquement la loi à l'infini, sans tenir compte de l'expression verbale.

Cette situation était d'autant plus grave qu'en pratique l'assimilation de la *ratio* à la loi avait fini par attacher à la *ratio* tous les effets de la loi : s'il y avait identité entre l'une et l'autre, l'une comme l'autre devait avoir les mêmes effets. Cette conséquence se remarquait surtout dans les cas où la *ratio legis* venait à disparaître ou perdait toute utilité, dans ceux de correction de la *ratio legis*. Elle avait aussi sa

(1) Panormitanus. In c. *Quia in insulis*. n. 3. Dicunt plerique arguendo a ratione litterae quod si in insula non est durior congregatio quam alibi non habet locum dispositio hujus capituli etsi in aliis locis ab insulis esset durior congregatio, tunc habet locum dispositio huius textus. Unde Petrus dixit hic quod cum apud Minores et Praedicatorum sit dura congregatio, debet observari quod hic dicitur. Quod mihi satis placet, nam quaelibet dispositio debet ampliari et restringi ad limites rationis expressae etiamsi verba non patiantur. — La thèse soutenue par le Panormitan est donc bien nette : quaelibet dispositio debet ampliari et restringi ad limites rationis expressae etiamsi verba non patiantur. — Il est bien difficile de concilier cette assertion avec celle que l'on trouve sous la plume de Dominicus a Sancto Geminiano, par exemple : Nota tamen istam glossam quae expresse vult quod constitutio exorbitans non extendatur ad illa quae possunt includi sub ratione, etiam in lege expressa. Sed extenditur tantum ad illa quae possunt includi sub verbis in lege expressis, quando alia ratio quam expressa suadet constitutionem non intelligi generali ratio expressa in lege.

(2) Le Panormitan ne précise ni de quel « Pierre » il est question, ni dans quelle œuvre se fit cette interprétation. Ce n'est pas Petrus de Sampsona ; outre que cette extension aurait été extraordinaire, elle ne figure pas dans sa *Summa* (Man. f^o 208^r-208^v l. c.). — Il nous semble donc qu'il s'agit de P. de Belleperche à la tendance de qui cette interprétation est conforme ; mais aucun travail sur les Décrétales ne lui est attribué à notre connaissance.

(3) Ad Cod. VI. 61. *De bonis quae*. l. 5. *Non sine*. n. 1 s.

répercussion sur la portée de la loi, sur la nullité des sentences judiciaires, sur les actions accordées par la loi et sur la charge de la preuve.

Que la *ratio* vienne à disparaître, non dans un cas particulier, mais d'une manière générale (1), la loi est supprimée avec elle. Ainsi une loi portée, en temps de guerre, interdisant toute correspondance avec l'ennemi, la paix réablie, disparaît avec la *ratio* qui lui avait donné naissance. Le Décret de Gratien donnait déjà implicitement au moins (2) cette solution. Guillaume Durand, après le chapitre « Cum cessante » (X. II. 28. *De appellationibus*. 60) en développe les modalités. Plusieurs, cependant, se refusent à admettre cette manière de voir (3) : la loi dépend aussi de la volonté du législateur, et, tant que cette dernière n'est pas révoquée explicitement, la loi doit être maintenue (4).

Il en était de même, s'il y avait correction de la *ratio* par le législateur modifiant la *ratio* d'une loi antérieure. Ainsi en était-il de la loi qui excluait le sous-diaconat des ordres sacrés (5). La *ratio* fut corrigée, quand Urbain II admit que des sous-diacres pourraient être appelés à l'Episcopat (6). Suivant les principes exposés plus haut, la loi elle-même devait être corrigée puisque sa *ratio* l'avait été, et le sous-diaconat considéré comme ordre majeur. Toutefois cette conséquence ne fut pas admise tout de suite parce que le Pape Innocent III promulgue la Décrétale « A multis » (X. I. 14. *De aetate*. 9). Si le Pape a promulgué cette rectification, notaient les commentateurs, c'est donc que la correction de la *ratio* faite précédemment n'avait pas entraîné la correction de la loi. Mais, à cette argumentation, l'on répondait que dans la décrétale « Miramur » (X. I. 18. 7), le Pape Alexandre III avait déclaré qu'une *ratio legis* modifiée emportait correction de la loi : il précise, font remarquer les commentateurs, se contenter d'exprimer que les sous-diacres participent aux privilèges de ceux qui ont reçus les ordres sacrés ; il supposait donc que pour le reste, la loi avait été corrigée parce que sa *ratio* l'avait été par Urbain II.

Les conséquences de cette assimilation de la *ratio* à la loi étaient aussi admises en ce qui concerne la portée de la loi : par exemple, celui qui a tué un banni a droit à cent sous d'or, mais il ne recevra rien s'il a tué le banni pour se défendre.

(1) Balde. Comm. in c. 11. *Post translationem*. X. I. 9. *De renunciatione*. n. 6. — Voir dans le même sens la glose du c. 11. *Post translationem*. X. I. 9. v. *cessante*. Il faut noter que Gratien semblait conclure dans le même sens : in Dist. LXI. c. 8. *Statuimus*. — Et la glose conclut dans le même sens, c. 9. *Neophytus*. Dist. LXI. v. *causa*. Videtur ergo quod ubi prohibetur electio ex causa, quod cessante illa causa possit fieri electio. — F. Schmalzgrueber. P. I. tit. 2. § VIII. n. 50.

(2) C. 41. *Quod pro*. C. I. q. 1.

(3) Andreas ab Exea. n. 302. At multi doctores tenent : remanet vinculum et auctoritas legis, etiam cessante causa propter quam facta est.

(4) P. A. Gammarus. *De modo disputandi*. L. I. c. 26. n. 3. Praecedentium potest esse ratio quoniam lex non tantum a causa sed condentis auctoritate quae licet definierit, tamen remanet firma.

(5) Dist. XXXII. c. 12. *Nemo*.

(6) Dist. XXXII. c. 11. *Erubescant*.

Comme la loi elle-même, la *ratio legis* entraîne une obligation de conscience ; pour le juge, le devoir de l'appliquer, même si la loi est corrective, exorbitante ou pénale. Comme la loi, elle accorde une action directe (1) qui ne dépendra pas d'une concession du juge (2). Enfin la charge de la preuve n'incombe pas à celui qui peut invoquer la *ratio* (3). Une sentence rendue contrairement à la *ratio legis* est nulle de plein droit : quoique Jean d'André et Cinus (4) n'aient pas admis cette solution, Antonius de Butrio (5) et le Panormitan (6) la soutiennent, pourvu que l'opposition à la *ratio legis* ressorte des termes mêmes de la sentence (7).

On le voit, les conséquences de la théorie de la *ratio* sur l'extension de la loi avait indéfiniment étendu le champ de cette dernière en jetant le trouble dans la doctrine et en provoquant dans la pratique un accroissement insupportable des charges légales (8).

§ II. — LES THÈSES EN PRÉSENCE

Ces divergences doctrinales attirèrent l'attention des canonistes sur ce problème. Mais, les tenants des théories opposées trouvèrent d'excellents arguments en faveur de leurs thèses respectives : le contraire eût été étonnant.

Les partisans d'une extension presque indéfinie du domaine de la

(1) Une action directe quand le cas était immédiatement prévu par la loi ; elle était utile, quand il y avait interprétation. — Cf. B. Cepolla. I. n. 124 ss. *Ubi-cumque ultra verba legis lex extenditur ipsius legis habet locum auxilium directum* (Cod. V. 30. 3). *Sed quando non extenditur est mente, sed ex interpretatione iurisconsultorum propter similitudinem rationis tunc habet locum utile.* — Dans le même sens, Stephanus a Federicis.

(2) B. Brugi. *Per la storia della giurisprudenza e delle universitate italiane*, dans *Nuova raccolta di scritti giuridici*. VII. p. 121. *L'actio utilis fin sotto l'opere degli interpreti a confondersi in svariati casi con la directa.*

(3) Abbas Panormitanus. In c. 3. *Translato*. X. I. 2. n. 3. *Inducens simile debet hoc probare saltem colorate.* — Balde, par contre, semble se prononcer en faveur d'un arbitrage du juge. In *Speculatorum*. II. part. 2. *De disp. et alleg. advoc.* Si statutum dicat quod procedatur de similibus ad similia, et ego dico esse simile, sed tu negas. cui incumbit probatio ? G. dic quod iudex arbitratur. — A. Massé. II. 52. *Ubi eadem... incumbit alii onus demonstrandi diversitatem rationis.*

(4) Cinus. In Cod. VII. 64. *Quando provocare*. l. 2. *Si cum inter*. n. 1.

(5) Ant. de Butrio. In c. 1. *Sententia*. X. II. 27. n. 5. *Si ratio esset scripta in genere, licet sub aliis terminis specificis, satis videtur contra legem iudicatum, si esset iudicatum contra rationem legis.*

(6) Abbas Panormitanus. In c. 1. *Sententia*. X. II. 27. *De sententia et re iudicata*. n. 15. — A. Massé, II. 70, arrivait à la même conclusion en partant du fait que la loi ne pouvait avoir qu'une *ratio*.

(7) Decius. In c. 11. *Quoniam contra*. X. II. 19. *De probationibus*. n. 145.

(8) Sylvester (l. c.) en dit : *Inde magna difficultas inter canonistas ; et Suarez, De legibus*. L. VI. c. 3. n. 1. *valde controversa, ergo specialiter tractanda.* — P. A. Gambarus. *De extensionibus*. n. 90. *Posset tamen quis defendere quod etiam dicatur processus a simili ubi casus trahitur ad casum ex rationis identitate ut tenet Innocentius c. dilectus (c. dilecti ?), in pr. extra. de renuntiatione.*

loi (1) ne faisaient que déduire les conséquences logiques de principes tenus pour indiscutables depuis la fin du XIII^{me} siècle (2) : la loi, même pénale ou corrective, doit s'étendre aussi loin que porte sa *ratio*. Du moment que celle-ci est exactement la même ou même absolument semblable, le cas tombe sous l'empire de la loi (3).

Ils mettent en relief le rôle d'instrument joué par les termes de la loi au profit de la *ratio*. Suivant un axiome constamment admis (4), les mots servent l'idée, et celle-ci ne doit pas leur être subordonnée ; l'intention du législateur est peut-être connue par leur expression verbale, elle ne fait que gagner à se trouver précisée par la *ratio legis*. Peu importe que les termes restreignent (5) ou paraissent restreindre cette intention, si la *ratio* manifeste clairement l'intention du législateur à ne pas s'y borner.

D'ailleurs l'unanimité des auteurs n'admet-elle pas que, dans les cas où les termes de la loi sont ambigus, l'intention du législateur doit prévaloir et servir de critère pour en déterminer la portée (6).

Comment, en outre, nier que la *ratio* soit partie principale de la loi ? n'en est-elle pas l'âme qui doit infuser la vie au corps ? au fond, la *ratio* est la loi et le droit (7). S'il en est ainsi, la loi devra s'étendre aussi loin que la *ratio*. Il est absolument impossible qu'une même cause ne soit pas suivie des mêmes effets, et il est tout autant juridiquement impossible qu'une même *ratio* existe et ne produise pas des conséquences identiques ?

Du reste, les éléments dont la substance est identique sont réellement et foncièrement la même chose. Deux cas, se trouvant dans le même rapport à la fin ont une substance identique, puisque leur cause finale est unique : ils doivent donc aussi s'identifier réellement, et il n'y a aucune raison de les distinguer en leur attribuant des effets différents (8).

La fin n'est-elle pas la principale, l'unique cause qui doit prévaloir sur les moyens employés pour la réaliser. Et, qu'est-ce donc que la loi, que sont les termes de la loi, sinon les moyens de faire connaître l'intention du législateur, que met en évidence la *ratio* (9).

(1) Outre le Panormitan dans les passages cités plus haut, D. Covarruvias. In cap. *Alma mater*, 2 p. 4 n. 7 ; Alph. de Castro, *De potentia legis poenalis*, cap. 21 ; Clavis Regia. l. 3. c. 8. n. 4. et tous ceux qu'ils citent en leur faveur. — Rebellus. P. I. q. 6 s. 4 n. 1 s. — S R R rec. dec. 322. IV P. 1. n. 9. — T. Sanchez, III. 42. 4.

(2) Voir plus haut p. 45.

(3) Le principe contraire est quelquefois exprimé, mais comme ces auteurs admettent l'extension de la loi d'abord au domaine de la *ratio* exprimée, puis l'assimilation d'une *ratio* unique à une *ratio* exprimée, enfin l'impossibilité de plusieurs *rationes*, en fait, sinon en droit, la loi est bien étendue à tout le domaine que peut embrasser la *ratio*.

(4) X. V. 40. *De verborum significatione*. 6. *Intelligentia* ; cf. la glose ib.

(5) Cinus. In Cod. IV. 2. l. — Le même in Dig. I. I. 9.

(6) Tiraqueau. In l. *si unquam*. gl. v. *libertis*. n. 60.

(7) Balde. In Cod. VI. 2. *De furtis*. 20. *Si quis*. n. 5.

(8) Sylvester. o. c. l. c.

(9) Sylvester. *Ib.* — Dans le même sens, Gambarus, *De extensionibus*, n. 90.

Ne peut-on aussi assimiler la *ratio* à un genre embrassant plusieurs espèces ; de même que le genre se retrouve tout entier en chacune de celles-ci, la *ratio* ne doit-elle pas jouer de façon identique, quoique dans une autre matière ? (1).

Les auteurs appliquent à la loi les principes admis en matière d'interprétation des statuts (2). Il n'en va d'ailleurs pas autrement quand il s'agit de déterminer l'étendue exacte des dispositions testamentaires (3) ou des rescrits (4).

Suivant de nombreux brocards juridiques (5) communément admis, les règles légales s'étendent tout aussi loin que la *ratio legis* elle-même ou qu'une identique *ratio legis*. Ainsi « quod venit ex mente, expressum est-ubi est eadem ratio nequit dici casus omissus-ubicumque ratio est, et eadem mens, dicitur esse idem casus et eadem dispositio-ubicumque ratio habet locum debet habere locum lex ipsa ».

L'autorité de Quintilien (6), de Cicéron et d'Aristote est invoquée pour renforcer cette argumentation.

Il semble donc légitime de conclure : quand la *ratio* est identique ou même exactement semblable, le cas tombe sous l'intention du législateur : il a été prévu au moins implicitement.

La tendance opposée restreint la volonté du législateur et de la loi à leur expression verbale (7). Celle-ci est sûre : il ne faut pas étendre cette obligation à des cas où elle risquerait de perdre cette certitude et cette sécurité pour les justiciables qui en est la conséquence. La *mens* ou l'intention du législateur doivent être considérées uniquement pour préciser le sens des mots et les prendre au besoin dans leur signification la plus étendue comme le voulaient les anciens. Le rôle de la *ratio* en ce qui concerne l'interprétation proprement dite de la loi est alors terminé (8). L'intention du législateur est circonscrite par les limites que ce dernier lui a imposées par l'expression verbale (9). Le juge ne peut se permettre de la dépasser.

Trois principaux chefs d'arguments appuient cette thèse. D'abord, la *ratio legis* n'est pas la loi (10). L'élément essentiel de cette dernière

(1) Tiraqueau. o. c. l. c. n. 60.

(2) Tiraqueau. o. c. *Cessante causa*, n. 142.

(3) Tiraqueau. *In l. si unquam*, glossa v. *libertis*, n. 54.

(4) Tiraqueau. *Ib.* n. 52.

(5) Tiraqueau. *Ib.* n. 55.

(6) Quintilien. *De institutione oratoria*, VIII. 7.

(7) Glose du Décret in c. ult. C. XIV. q. 4 ; la glose de X. III. 24. 10 v. *propter* ; la glose in VI. V. 2. 5. v. *inquisitionis*. — Ant. de Butrio in X. I. 4. II. n. 57. — Dom. a Sancto Geminiano in VI. I. 9. 1. n. 9. — Tiraqueau, *In l. si unquam*, gl. v. *libertis*, nn. 2 ss. — Suarez. *De legibus*, l. VI ; c. 3. n. 5.

(8) Glossa in X. III. 30. 12. v. *intelligeremus*. A forma verborum sine certa scientia non est recedendum.

(9) Tiraqueau. *In l. si unquam*, l. c. 2. s.

(10) Suarez. o. c. l. c. n. II. L'on retrouve ce même axiome sous la plume de Pichler, L. I. tit. 2. n. 75 et il ajoute : ut habet commune pronuntiatum. — F. Schmalzgrueber. o. c. P. I. tit. 2. n. 48. — F. Schmier. o. c. *Tract. praeam*, c. III. S. 2. n. 70.

n'est autre que la volonté du législateur. Seul ce que le législateur a voulu, peut être considéré et tenu pour loi. La *ratio* est, sans doute, le motif par lequel il a imposé cette règle, mais rien ne permet d'affirmer que la volonté s'est portée aussi loin que cette *ratio*, à moins que l'on ne confonde la fin avec l'intention libre qui se porte vers elle.

Comme tout être, la loi se compose d'un élément matériel, les termes, et d'un élément formel, leur signification, dont l'union forme la substance même de la loi. Tout ce qui s'y joint peut préciser cette substance, mais ne saurait rien y ajouter. La loi une fois posée, ni la fin, ni l'opinion elle-même du législateur ne peuvent en accroître la portée. Tous ces éléments sont étrangers à la substance de la disposition et, par conséquent sans influence sur elle.

D'ailleurs, le fait qu'une disposition a été prise pour un cas déterminé, en vue d'une certaine fin, semble plutôt marquer que le législateur n'a pas entendu supprimer la liberté dans les cas similaires. Il aurait pu le faire, mais il ne l'a pas fait (1). Quelle raison y aurait-il de présumer chez lui une autre volonté ? il pouvait la manifester, il ne l'a pas fait, et s'il ne l'a pas fait, c'est évidemment qu'il ne l'a pas voulu faire. Comment dès alors prétendre quand même qu'il l'a voulu ? n'est-ce pas à une contradiction qu'aboutit en fin de compte la thèse adverse ?

Les auteurs sont d'accord pour ajouter qu'une loi ne peut être étendue sans nécessité (2). Or, dans le cas d'identité ou de similitude de raison, il n'y a, par hypothèse, que cette identité dont on puisse arguer en faveur de l'extension. Mais, cette similitude peut être détruite par une dissemblance plus grande encore sur un point fondamental. Au fond, cette identité se réduit à une simple conjecture dont l'absolue convenance reste à prouver. Cette preuve n'est-elle pas malaisée à obtenir ?

D'autre part, pour étendre une disposition légale, ne faut-il pas que le législateur l'ait voulu, que l'on ait la preuve authentique de cette volonté ? sans cela, ne faudrait-il pas conclure à un abus de pouvoir, donc à une injustice ?

Cette argumentation trouve une solide confirmation dans les solutions admises par la doctrine en d'autres matières. Quand il s'agit de contrats (3), l'intention des contractants ne peut être interprétée comme dépassant les termes mêmes du contrat : pour celui-ci comme pour la loi, les termes sont l'élément essentiel et primordial. Il n'en va pas autrement des privilèges (4) et des sentences judiciaires (5).

(1) X. I. 7. 2. Si caput idem fieri voluisset poterat expressisse. — X. III. 30. 12. Si intelligeremus *tantummodo* de novalibus ubi ponimus de laboribus de novalibus poneremus. — Salas. In *Sum. theol.* I. II. q. 97. tr. XIV. disp. 21. s. 3. n. 3.

(2) Io. de Salas. ib. n. 4. — F. Suarez. o. c. l. c. n. 14.

(3) Cf. Balde. In Cod. VI. 55. *De suis et leg.* l. 12. *Quoties.* n. 4. sed hoc elicitur: verba contractus sunt forma ipsius quae dat esse rei, nec ei aliquid addi potest aut detrahi.

(4) Gl. in c. 7. *Porro.* X. V. 33. *De privilegiis.* v. *inspectione.*

(5) Balde. In c. 52. *Cum in veteri.* X. I. 6. *De electione.* n. 3. Tenor sententiae appellatur forma.

Ainsi, suivant tous les civilistes et un certain nombre de canonistes (1), la loi même et l'obligation ne peuvent être étendues au-delà des termes qui expriment la volonté du législateur. L'identité ou la similitude de raison à elles seules sont impuissantes à provoquer semblable extension. Ce ne serait plus observer la loi, mais aller au-delà de la loi.

§ IV. — LA SOLUTION DU PROBLÈME

Elle fut apportée par Suarez et mise au point par ses continuateurs. Suarez ne se prononce fermement ni pour la première, ni pour la seconde de ces opinions (2). La dernière semble toutefois avoir ses préférences, quoiqu'il en rejette les conclusions sur un point déterminé. Ses réflexions portent uniquement, commence-t-il par déclarer, sur les lois qui ne sont pas fondées immédiatement sur le droit naturel.

Il rappelle ensuite qu'il y a abus à mettre sur le même pied identité et similitude ou parité de raison (3). Il y a identité quand les fins voulues par le législateur, même en des matières différentes, précise-t-il (4), sont spécifiquement identiques. Ainsi en va-t-il de l'amitié et de la piété filiale. On pourrait parler de similitude seulement quand les fins, tout en ayant un certain air de ressemblance, sont spécifiquement distinctes : ainsi l'amitié n'est pas la gratitude, la piété filiale n'est pas la piété, vertu de religion. Cette remarque, si elle n'était pas originale (5), était cependant bien opportune : beaucoup d'auteurs, sous prétexte de grande ressemblance ou de parité affirmaient l'identité (6).

Sa troisième affirmation, au contraire, est le point de départ d'une révolution en matière d'interprétation. Suarez fait remarquer qu'outre l'inexacte assimilation qui vient d'être notée, il en est une autre, encore plus importante : c'est l'identité établie entre la *ratio legis* et la loi ou la *mens legislatoris*. Il serait bien difficile de la prouver, assure-t-il (7). D'abord, la *ratio legis* n'est ni la loi, ni le droit. De même que sans la

(1) Rebellus. L. I. q. 6. s. 4. Quando vero sunt rationes specie differentes per extensionem iuxta eandem legem (C. VIII. *De revocandis donationibus*. 56. l. 7. *His solis*). — ...quod etiam fit in poenalibus ac odiosis, non nimis gravibus, secus in correctoriis.

(2) Suarez. o. c. l. c. Difficile iudicium de hac re.

(3) Suarez. *ib.* Differentia adest inter paritatem et identitatem rationis.

(4) Sylvester. *ib.* n. 18.

(5) Elle ne faisait qu'insister sur la différence qui existe entre similitude et identité. Les auteurs étaient auparavant trop portés à passer de l'une à l'autre.

(6) Sans doute quand Balde étudiait l'argument d'identité de raison il faisait toujours attention à cette certitude qui est la condition de sa valeur : mais le Panormitan, Sylvester et d'autres énumérés plus haut, passent indistinctement de l'identité à la similitude. — Cf. plus haut p. 53.

(7) Suarez. o. c. l. c. n. 11. ...Non est verum dicere : talis ratio est formaliter ius et lex, alias non posset legislatoris voluntas facere ne lex tantum extendatur quantum illa ratio, nam non potest tollere ab ista ratione quod est ei intrinsecum et formale, nam talis ratio per se non sufficit ius aut legem constituere sine legislatoris voluntate.

volonté du législateur, la loi est sans efficacité si elle n'est pas raisonnable ; réciproquement, la loi n'est pas la loi, sans la volonté expresse du législateur. Et qui donc affirmera la correspondance absolue entre la fin poursuivie par ce dernier et la volonté qui en procède ?

Suarez va plus loin : même dans le cas où la cause finale est exprimée dans la loi, il ne faut pas affirmer qu'elle en constitue une partie intégrante. Cette raison exprimée n'est pas nécessairement la cause adéquate de la loi (1) : elle en est simplement un signe, permettant de se rendre compte soit de la moralité, soit de l'utilité que le législateur a perçue en cette matière. Mais il n'a certes pas l'intention de l'intégrer dans sa loi. Cette remarque de Suarez n'était pas entièrement neuve : Décius venait de rappeler qu'il fallait se garder d'identifier la *ratio legis* et la loi : l'une est cause finale, la seconde n'est que le moyen de réaliser cette dernière (2). Décius, d'ailleurs, n'en avait pas déduit, pas plus que ne le fait Suarez, toutes les conséquences qui se dégagent de cette distinction, notamment qu'il ne peut s'agir d'invoquer la *ratio legis* qu'en cas d'identité de la matière.

En ajoutant que même une cause inscrite dans la loi n'est pas nécessairement la cause adéquate et qu'elle n'est pas forcément voulue par le législateur dans son intégralité, Suarez était dans le vrai. Sans doute, tous les auteurs avaient déjà fait remarquer que la *ratio* ne pouvait être légitimement utilisée que si elle était adéquate : il était cependant admis que le fait de l'inclure dans une constitution déterminait la cause totale de celle-ci.

En dernier lieu, Suarez reprend la distinction faite autrefois par Jean d'Imola, entre la *mens comprehensiva* et la *mens extensiva legis* (3). Pour ce dernier, la *mens comprehensiva* embrasse tous les cas nommément prévus par le législateur, la *mens extensiva* comprend ceux qui ne tombent sous la loi que si l'on donne aux termes une signification plus large. Pour le célèbre jésuite, au contraire, l'*interpretatio comprehensiva* s'étend non seulement aux hypothèses visées nommément par le législateur, mais, encore, à toutes celles dans lesquelles il y a identité de raison. D'autre part, l'*interpretatio extensiva* atteint les cas qui doivent être résolus par similitude ou parité, mais qui ne sont prévus ni implicitement, ni explicitement par le législateur. L'obligation légale, avec toutes ses conséquences, n'existera que pour les objets qui tombent sous l'*interpretatio comprehensiva*, non pas sous l'*interpretatio extensiva*.

(1) Suarez *ib.* n. 12. Ratio per se non est sufficiens, nedum adaequatum signum voluntatis etiamsi in lege exprimatur.

(2) Ph. Decius. *Comm. in X. I. 2. 1. Canonum*. 2a lectura, n. 14. Regulariter ratio debet separari a lege... lex regulari debet ratione, sed proprie loquendo dispositio legis a ratione distinguitur — Sans doute, Dynus dans le passage où il identifiait la *ratio legis* et la loi rappelait d'un mot cette distinction, mais ceux qui le citaient oubliaient d'en faire mention.

(3) Suarez. o. c. l. c. n. 10.

Ainsi, suivant Suarez, la loi s'étendra tout autant que la *ratio legis* quand celle-ci sera identique, que les termes de la loi le permettent ou non, mais à la condition qu'elle soit réellement identique. C'est sur ce point particulièrement qu'insiste Suarez : c'est celui qui découle avec le plus de netteté de sa distinction entre *ratio legis* et loi. De cette manière, il déterminait nettement l'amplitude qu'il faut reconnaître à la loi : le juriste doit tenir compte et des termes de la loi et de son esprit. Aussi, la *ratio legis* est-elle utilisée dans la mesure où elle est suffisamment précisée par l'expression verbale : son appui n'en est pas à négliger, mais son influence n'est pas non plus à exagérer. Suarez admet donc qu'elle peut servir à interpréter correctement la loi elle-même à condition d'être connue avec certitude. Ainsi, d'une part, dans l'interprétation, la *mens legis* doit être considérée, mais, d'autre part, la *ratio legis* ne peut être invoquée que si elle est strictement identique à l'hypothèse envisagée (1).

Certains points restaient toutefois à élucider. Il fallait préciser quand cette *ratio* serait identique pour éviter le danger de confondre à nouveau identité et ressemblance. Cette détermination n'allait pas tarder à être faite et le point final serait mis à cette évolution séculaire. Il appartenait aux successeurs immédiats de Suarez de préciser les conséquences auxquelles aboutiraient ces principes. D'abord, l'extension pour identité de raison ou interprétation compréhensive est restreinte aux cas où la matière elle-même est identique (2) : ce que Suarez (3) n'avait pas noté. Ainsi en est-il pour les cas connexes, corrélatifs ou même pour ceux dont l'équivalence juridique est reconnue ; cas corrélatifs (4) : si des fiançailles sont rompues par l'abandon du fiancé, contre la volonté de la fiancée, la réciprocité suit naturellement ; cas connexes : il est permis de servir à l'autel celui qui a droit de célébrer en temps d'interdit ; cas d'équivalence : en matière de bénéfice ecclésiastique, sont assimilées l'élection, la postulation et la présentation.

En outre, cette même identité demande qu'elle soit comprise dans les termes de la loi au moins entendus dans leur sens le plus étendu. De ce fait, les auteurs repoussent l'extension du chapitre « Saepe » aux Evêques ultramontains, ainsi que celle de la Constitution « Quia in insulis » aux monastères qui ne sont pas situés dans une île. Laymann

(1) Il suffit de comparer les deux définitions qui viennent d'être données : Jean d'Imola fait attention aux cas eux-mêmes, Suarez remonte à la volonté du législateur.

(2) Pirhing. L. I. tr. II. s. I. n. 115. — A. Reiffenstuel. L. I. titr. 2. tit. 19. nn. 511, 513, 514. — F. Schmalzgrueber. L. I. tit. 2. § 7. n. 48. — F. Schmier. *Tr. praeam.* Cap. III. s. 2. § 3. ; n. 76. — V. Pichler. L. I. tit. 2. § 7. n. 75. — Zallinger. L. I. tit. 2. § 197.

(3) Suarez, o. c. l. c. n. 3. *Identitas rationis* : in diversis materiis et eadem ratio pietatis promovendae et nocumenti vitandi. — Schmier, o. c. l. c. n. 74.

(4) Dans le droit actuel des applications identiques sont possibles. Cf. l'achat de biens ecclésiastiques en vertu du c. 1530. — La séparation est permise à la femme pour adultère du mari en vertu du c. 1129 § 1.

et Pirhing les rangent formellement parmi les cas d'interprétation purement extensive (1). L'interprétation compréhensive s'arrête donc, suivant eux, aux termes de la loi.

Enfin, ayant nettement séparé la loi de sa *ratio*, Suarez fit de beaucoup prévaloir avec la première la volonté du législateur. La *ratio* perd l'importance que lui avaient attribuée les commentateurs des Décrétales : elle est réduite au rôle d'indicatrice de l'intention du législateur. Si la *ratio* est identique, dit-on, l'intention du législateur peut raisonnablement être présumée (2).

Le domaine de la loi est ainsi clairement défini : est voulu par la loi, est tenu pour exprimé par elle, le cas immédiatement prévu par les termes de la loi, puis les cas connexes, corrélatifs ou équivalents, dans lesquels cette *ratio* se retrouve avec certitude. Dans toutes autres hypothèses, il est abusif de se baser uniquement sur l'intention du législateur pour résoudre un problème donné : toute certitude fait défaut, et par conséquent toute loi. La *ratio* peut simplement aider à connaître cette intention, cette loi, son influence est toutefois bornée à cette indication (3) : elle ne peut dépasser les termes choisis par le législateur (4). Hors de ce domaine, c'est la liberté.

(1) Les mêmes, ib. — I. d'Annibale. I. p. 147, note 37.

(2) F. Schmier. o. c. l. c. n. 73. — P. Laymann, *Theol. mor.* L. I, tr. 4, c. 18, n. 9.

(3) Comme exemples d'interprétation extensive peuvent être données en ce sens les réponses de la Commission d'interprétation à propos des canons 395 § 1, le 16 oct. 1919 (AAS. 1919, p. 477-4) ; 396 § 2 (ib. 5) ; 542 § 1 (ib. 7) ; 1099 § 2, le 25 juillet 1931 (AAS. 1921, p. 383).

(4) Les auteurs admettent sur ce point une triple distinction : pour les uns, (F. Suarez. o. c. l. c. n. 3. nn. 9 ss. — A. Reiffenstuel. o. c. l. c. n. 367 ss. — F. Schmalzgrueber. o. c. l. c. n. 48. — E. Pirhing, o. c. l. c. n. III ss.), il y a interprétation compréhensive quand un cas rentre dans l'amplitude de la *mens legis*, et interprétation extensive quand cette *mens legis* est étendue à d'autres cas dans la même matière ; pour d'autres (Theologi Salmanticenses. o. c. l. c. — F. Schmier. o. c. l. c. n. 59 ss. — L. Engel. o. c. l. c. nn. 74-82 — P. Böckhn. o. c. l. c. § VII, n. 123. — I. A. Zallinger. L. I. t. 2. n. 194), il y a interprétation compréhensive quand il y a identité de raison certaine (cas connexes, corrélatifs) et interprétation extensive quand il y a simple identité de raison dans la même matière ; d'autres enfin sont encore plus stricts (M. Bonacina. II. *De legibus*. Disp. I. 9. I. P. 8. nn. 17 ss. — Castropalao. t. I. tr. III. Disp. 5. p. 4. nn. 2 s. — H. I. Feye. *De legibus*. n. 189. — F. X. Wernz. o. c. l. c. nn. 128 ss.) et restreignent l'interprétation compréhensive aux termes de la loi entendus dans leur sens ordinaire ; ils rejettent l'interprétation extensive aux cas où les mots s'emploient avec une plus large signification.

Il nous semble que la théorie la plus conforme aux principes et à la pratique se rapproche de la seconde :

1° La loi embrasse elle-même tous les cas prévus à la fois par les termes et par l'esprit de la loi, c'est-à-dire ceux où l'identité de raison est certaine : connexes, corrélatifs.

2° L'interprétation extensive peut étendre la loi à tous les cas où se retrouve identité de raison, hors des hypothèses précédemment indiquées, mais dans la même matière.

3° Quand il y a identité ou similitude de raison en une matière différente, il n'y a même plus interprétation (on ne peut interpréter une loi qui n'existe pas) mais analogie ou extension par analogie.

Tel est l'enseignement qui nous paraît ressortir de la critique faite aux XVI^{me} et XVII^{me} siècles à propos de la notion d'interprétation.

Telle est, d'ailleurs, semble-t-il, la doctrine implicitement consacrée par le



La réponse à la question posée au début de cette partie est devenue possible : la loi peut-elle être indéfiniment extensible au point d'embrasser une quantité indéterminée de cas ?

S'il est de la nature de la loi d'être restreinte au sens des mots, même entendus dans leur signification la plus large, force est de donner une réponse négative : les mots ne peuvent évidemment connaître une extension illimitée, leur signification même la plus étendue ne peut s'accroître indéfiniment.

Le caractère impératif de la loi, seul caractère admissible eu égard à ce qu'elle est en réalité, une prescription, un ordre, comme aussi eu égard aux exigences de la communauté, rend évidente cette réponse : le droit positif est limité, il est défini, et par conséquent des lacunes doivent se présenter dans l'organisation du droit positif.



Code : l'interprétation prend son départ aux termes de la loi (c. 17, § 2 - c. 18) ; s'il y a extension de ce sens au-delà de la signification habituelle des mots, il y a lieu à promulgation (c. 17 § 2 ...*verba legis in se certa...* rapproché de ...*extendat*) et alors se fait l'interprétation extensive ; l'analogie est l'objet du c. 20. — Sur ce point, cf. A. Van Hove. II. p. 247 s. — Ph. Maroto. I. n. 236 s. — G. Michiels. I. p. 373 s. — N. Hilling. *Die allgemeinen Normen*, p. 71 s. — J. B. Haring, *Grundzüge*. I. p. 35.

DEUXIÈME PARTIE

LE JUGE

Puisqu'il y a nécessairement des lacunes dans la législation positive et que la loi a un empire limité aux cas que le législateur a entendu résoudre, il arrivera souvent que le juge se trouve en face d'hypothèses différentes de celles qui sont prévues par la loi (1). Que fera-t-il dans ces circonstances ? comment le droit canonique répond-il à cette difficulté ?

Le juge sera-t-il obligé de juger bien que la loi ne soit pas applicable à l'hypothèse présentée, ou pourrait-il refuser de rendre la justice ? et dans ce cas aurait lieu le recours au Pape. Si l'obligation de juger est maintenue, aura-t-il le pouvoir de créer une norme applicable au cas posé devant lui ? Dans l'affirmative, quelle est l'étendue de ce pouvoir. Ne court-il pas grand risque de dégénérer en arbitraire ? par quelle mesure la protection des justiciables est-elle alors assurée ?

Telles sont les questions auxquelles nous essaierons de donner une réponse par l'exposé d'abord du rôle du juge, puis des moyens indiqués par le Code pour assurer une administration correcte de la justice.

(1) On a relevé : l'application aux sociétés cléricales sans vœux des canons 2386 et ss. ; à propos du c. 1477, les dépenses extraordinaires en matière d'administration des biens ou les dépenses pour la réparation d'une maison bénéficiaire quand le possesseur du bénéfice n'y est pas tenu ; à propos du c. 139, son application dans les séminaires de certaines missions ; à propos du c. 639, au cas de défaut d'une juste cause ; puis au cas de la majorité requise quand un candidat rééligible ne réunit pas au troisième tour les deux tiers des voix requises par le Code ; quels sont les droits du chapitre cathédral au cas d'entraves apportées à l'administration de l'Evêque ; les juges prosynodaux peuvent-ils être créés durant la vacance du siège ; le recours au tribunal supérieur pour refus du libelle doit-il être proposé devant le juge « a quo » ; si le père de famille n'a pas de domicile et que la mère en possède un, pourra-t-il être tenu compte de celui-ci ? les principes du pouvoir ordinaire peuvent-ils être empruntés à la juridiction ordinaire ? La Congrégation des Religieux a appliqué au c. 647 § 2, la règle donnée aux c. 1465 § 1, 2153 § 1 et 2 (AAS. t. 15. 1923. p. 457 s.).

CHAPITRE PREMIER

La fonction législative du Juge

Le rôle du juge est délicat, quand il est laissé à lui-même et qu'il ne trouve pas dans la loi la norme qu'il doit appliquer. Quel est en ce cas l'étendue de sa fonction ? quelles en sont les limites ?

Est-il obligé de rendre la justice ? aurait-il la possibilité de se réfugier derrière un recours à l'autorité législative ? La loi lui interdit ces échappatoires, on le verra. Il lui faut juger et créer lui-même la règle à appliquer et jouer ainsi le rôle du législateur par rapport au cas non prévu qui se pose à lui. Cependant, pour prévenir tout excès de sa part, le législateur indique quelques moyens destinés à l'aider dans la tâche difficile qui lui incombe alors.

§ I. — L'OBLIGATION DE RENDRE LA JUSTICE

Le juge est chargé de dire le juste, sa mission est de déterminer les droits et les obligations des parties en cause et de préciser avec équité ce qui revient à chacun. En énonçant ceci, la législation canonique n'a fait que reprendre la tradition romaine (1) reproduite dans les décrétales (2), puis dans le Code de droit canonique. Ce pouvoir du juge entraîne deux obligations : celle de rendre la justice et celle de juger conformément aux lois.

Sur l'obligation de juger, le Code est plus explicite que l'ancien droit. Les glossateurs définissant le pouvoir de juridiction ne mentionnent pas cette obligation : « potestas de iure publico introducta », (3) disent-ils seulement. Azo, il est vrai, avait ajouté : « cum obliga-

(1) C. III. 1. *De Iudiciis*. l. 14. *Rem non novam*. — C. XXIII. q. 2. c. 1. *Iustum*. — Ce texte venait de la *Panormie*. L. IX. c. 4.

(2) X. V. 40. *De verb. significatione*. c. 10 *Forus*.

(3) Gl. in Dig. II. I. *De Iurisdictione*. l. 1. *Ius dicentis*. v. *postest*. — Cette définition est encore vraie pour le droit civil ; le droit canonique ne l'admet pas. Dans l'Eglise, le pouvoir judiciaire est intimement uni aux pouvoirs législatif et exécutif ; aussi les pouvoirs du juge sont-ils naturellement plus étendus sur certains points qu'en droit civil : par exemple, c'est lui-même qui fait l'instruction des causes — Cf. M. Lega. I. p. 64. — Cf. M. Van de Kerkhove. O. M. C. *De notione iurisdictionis in iure Romano*.

tione iuris dicendi et aequitatis statuendae » (1). Le fondement juridique de cette obligation n'est pas davantage indiqué. Le droit canonique ne le précisait pas plus : aucune disposition législative explicite ne se rencontre sur ce point avant le Code. Seul le juge prévaricateur, non celui qui refusait de rendre la justice, était passible de la peine prévue par le chapitre « Cum aeterni » du Sexte (In VI^o. II. 14. *De sententia et re iud.* 1). Le juge qui aurait prononcé contre sa conscience et contre la justice au dommage d'une partie ou par complaisance encourait la suspension de son office durant une année et était tenu à indemniser la partie lésée.

Le droit romain, par contre, avait prévu une peine : le juge qui refusait de siéger encourait l'infamie et une amende de trente « aurei » (2). Ne fallait-il pas l'appliquer en droit canonique ? La question était controversée.

Depuis la promulgation de la décrétale « Cum aeterni », l'Hostiensis (3), suivi par les autres docteurs (4), estimait qu'il n'y avait pas lieu de suppléer par la loi civile au silence de la loi canonique, puisque celle-ci prévoyait une peine contre le juge prévaricateur.

Le Panormitan ne partagea pas cet avis : selon lui, il fallait appliquer au refus de juger non le chapitre « Cum aeterni », mais la loi romaine (5). A son avis, ce canon ne concernait pas le cas d'une « relatio » au juge supérieur, « relatio » qui impliquait, si elle était faite sans raison, le refus de juger. Une disposition générale n'abrogeait pas la disposition spéciale, celle de la loi romaine, qui visait précisément le cas de déni de justice. Le célèbre commentateur pensait aussi que les deux peines étaient applicables, car on pouvait difficilement écarter la loi romaine spéciale.

Les canonistes (6) suivirent le Panormitan ; ils firent valoir, pour refuser l'application au déni de justice du chapitre « Cum aeterni », que celui-ci était porté pour le seul for pénitentiel et non pour le for judiciaire ; il ne concernait donc pas le cas visé dans le droit romain pour le for externe, et celui-ci devait recevoir son entière application.

Décies (7), toutefois, hésite avant d'admettre la solution du Panormitan : on sait, dit-il, qu'une disposition canonique générale (en l'espèce

(1) Guil. Durandus. *Speculum*. L. I. P. I. *De iurisdictione omnium iudicum*. I. §. *Expedito*. In addition. v. *introducenda*.

(2) Cod. I. 14. *De legibus et constitutionibus*. l. 2. *Quae ex relationibus*.

(3) Hostiensis. *Lectura*. In X. II. 28. *De appellationibus*. c. 68. *Intimasti*, v. *relaturum*.

(4) Io. Andreae. In. V. II. *Decretalium*. Ib. n. 13. — Ant. de Butrio. *Super V. II. Decretalium*. Ib. n. 4.

(5) Panormitanus. In V. II. *Decretalium*. Ib. n. 1.

(6) Suivant ce qu'ajoute Decius ib. n. 12, après avoir cité le Panormitan : *moderni hic sequuntur quia textus in dicto c. 1. De iud. in VI^o videtur loqui in foro poenitentiali ; ideo non videtur tollere poenam fori contentiosi, ut notatur in c. pro humani. de homicid. in VI^o (V. 4. 1.)*.

(7) Ph. Decius. In *Decretales*. Ib. n. 11 sq.

le chapitre « Cum aeterni ») peut déroger à une loi civile particulière ; de plus, les lois civiles qui portent des peines plus graves que celles prévues par le droit canonique doivent céder devant ce dernier, et tel est certainement ici le cas ; en outre, une disposition générale (donec, encore la disposition « Cum aeterni ») l'emporte quand deux peines sont édictées par des lois d'origine différente ; enfin, il est inexact de ne voir qu'une règle concernant le seul for pénitentiel dans le chapitre « Cum aeterni », il concerne manifestement aussi le for judiciaire.

Malgré ces raisons, il reprend la thèse du Panormitan et n'admet pour le déni de justice que la peine du Code de Justinien. Comme première raison, il déclare que le chapitre « Cum aeterni » concerne le juge séant en son tribunal, tandis que le cas envisagé regarde le juge qui refuse de siéger ; en second lieu, le chapitre « Cum aeterni » réserve nommément les peines prévues aux hypothèses qui n'ont pas déjà été visées dans une autre loi.

Actuellement, le Code ordonne au juge de rendre la justice (1), et le déni de justice entraîne la condamnation au paiement des dommages et intérêts sans préjudice des peines que l'Ordinaire ou le Saint-Siège pourrait y ajouter (2).

Les juges doivent, en outre, rendre la justice conformément aux lois portées par le législateur.

En droit canonique, les pouvoirs judiciaire et législatif ne sont pas séparés comme en droit civil : le Pontife romain pour le droit commun (3), et l'Evêque pour le droit diocésain (4) concentrent entre leurs mains cette double fonction.

Les justiciables ont cependant une garantie qui les protège contre les dangers qui peuvent résulter pratiquement de cette réunion des pouvoirs en une seule main (5). En effet, le Pape et les Evêques exercent normalement leur pouvoir judiciaire par l'intermédiaire de juges ordinaires ou délégués dépourvus de tout pouvoir législatif. Le droit ordonne à l'Evêque d'établir une officialité chargée de juger les causes qu'il ne s'est pas réservées. Il conseille aussi (et un tel conseil équivaut à un ordre) lorsqu'il s'agit d'affaires criminelles ou de causes civiles importantes, de confier l'exercice du pouvoir judiciaire à des juges ou de ne l'exercer qu'avec leur assistance (6). La sécurité des prévenus est ainsi assurée dans la mesure compatible avec les droits de l'Episcopat.

Pour tous autres que le Pape et les Evêques dans leur domaine res-

(1) C. 1608. — Aussi, ne peut-il être permis de renvoyer une affaire au tribunal séculier. — Cf. SCC. 11. XII. 1920.

(2) C. 1625. § 1.

(3) C. 218. § 1.

(4) C. 335. § 1.

(5) Sur la réunion ou la séparation des pouvoirs, cf. Taparelli d'Azeglio. I. n.

(6) C. 1578. — Cf. cc. 1575, 1576, § 2 et 3. — Sur les officialités, voir P. Fourrier, *Les officialités*.

pectif, la mission de dire le droit est subordonnée au droit porté par le législateur. Ils n'ont pas à créer le droit, mais simplement à appliquer celui qui est promulgué par l'autorité détentrice du pouvoir législatif (1).

En conséquence, les juges n'ont pas à se laisser guider par leurs idées personnelles (2). Sans doute, doivent-ils rendre la justice suivant que leur dicte leur conscience (3), mais, avant tout, leur décision doit être fondée en droit, être l'application de ce droit (4). N'ont-ils pas prêté serment, remarque l'Hostiensis (5), après les lois romaines ? (6). Aujourd'hui encore, ils doivent prêter serment de s'acquitter fidèlement de leur charge (7). Ce serment vient consacrer une obligation dont le fondement principal se trouve dans le caractère obligatoire des lois ecclésiastiques qui lient tous les inférieurs, et spécialement ceux qui sont chargés de faire respecter l'ordre établi par elles. Il ne serait permis que tout à fait exceptionnellement de les transgresser (8). Cette obligation provient donc, en dernière analyse, du fait que le législateur seul a le pouvoir d'établir et de préciser les droits des membres de la société.

Ainsi, la charge judiciaire entraîne après soi une double obligation qui découle de son office : celle de rendre justice et cela selon le droit ; en même temps, elle assure la société contre tout arbitraire de leur part.

§ II. — RECOURS AU PAPE OU JUGE-LÉGISLATEUR

Quel est le rôle du juge s'il se trouve devant des hypothèses qui ne rentrent pas dans le cadre de ces actes législatifs ? Doit-il recourir au législateur, au Pape, ou bien peut-il décider souverainement et statuer

(1) Cod. III. 1. *De iudiciis*. l. 14. *Rem non novam*. — C. III. q. 7. c. 4. *Iudice*. — C. XI. q. 3. c. 70. *Summopere*.

(2) Voir les commentateurs de X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum*, à l'expression « suo sensu ».

(3) Suivant le c. 1. *Cum aeterni*. In VI°. II. 14. *De sent. et re iud.*

(4) Cf. X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum*. — Gl. ad c. *Cum aeterni*, l. 1. In VI°. II. 14. *De sent. et re iud.* v. *casus*. — Dig. XL. 9. *Qui et a quibus*. l. 12. *Prospexit*. — Hostiensis dans le commentaire des Extravagantes d'Innocent IV au c. *Cum aeterni*. *De sententia et re iud.* v. *contra conscientiam* : non debet sequi conscientiam humanam, sed iudicalem.

(5) Hostiensis. Ib. In X. I. 2. *De Const.* I. *Canonum*. v. *suo sensu* ...quia sic iurat.

(6) Auth. *Iusiurandum quod praestatur ab his*. coll. 2. — *De defensoribus civitatum*. c. 1. *Ut nulli*. § *Iusiurandum*. coll. 3. — Auth. *De iudicibus*, c. 11, *Quia* v. c. coll. 6.

(7) C. 1621.

(8) Innocent IV l'admettait, par exemple, pour adoucir les peines. *Apparatus*. In X. I. 2. *De Const.* 1. *Canonum*. v. *suo sensu*. — Dans le même sens, Io. Andreae. ib. n. 25. — Ant. de Butrio. ib. n. 16. — Ph. Decius. ib. 2a lectura. n. 45. — Felinus Sandaeus. ib. n. 48... ex magna causa. — La tradition semble donc tout-à-fait indiscutable.

en toute indépendance sur le cas omis dans la législation qui lui est soumis ?

En théorie, le recours au législateur paraît seul admissible. Ne pas se borner à appliquer strictement les lois ou à les déclarer, mais s'inspirer de leurs dispositions pour rendre une sentence judiciaire qui en étend évidemment le domaine à des cas non prévus, cela n'est pas faire autre chose qu'œuvre d'interprète au sens ancien (1) ou de législateur. Or, ce pouvoir d'interprétation est, en principe, strictement réservé au Prince : le juge n'a le pouvoir que de déclarer le droit (2).

Le droit romain ne statue-t-il pas : celui-là seul peut interpréter la loi qui la porte (3). L'on devait en déduire logiquement que les juges inférieurs ne pouvaient établir, ni interpréter des droits, ni, a fortiori, « *interpretari inter ius et aequitatem* » (4). Tout ceci est réservé au Prince seul. La Glose des Décrétales décidait en ce sens (5). Ce principe du recours nécessaire au Pape se légitime parfaitement, si l'on admet rigoureusement, comme le faisaient les commentateurs, qu'au Pape seul était réservé le pouvoir législatif (6).

Ainsi, dans l'ancien droit, à l'imitation du droit romain (7), les points douteux devaient être portés devant le Pape. Alors s'instituait la procédure de la « *relatio* » (8). Lorsque le juge se trouvait devant un cas non prévu dans la législation positive, il n'y avait pas d'autre remède que le recours au Pape. Le juge devait cependant avoir épuisé tous les moyens de découvrir une solution juste. De plus, ce recours ne

(1) Gl. in Dig. I. 2. *De origine iuris*. l. 1. *Facturus. v. interpretationem*. Verbum interpretatio in proprio sensu denotat vocabuli apertam significationem ; hic tamen largius sumitur pro correctione, arctatione et prorogatione.

(2) Io. de Salas. Q. XCV. tr. XIV. Disp. 7. s. 6. n. 10.

(3) Cod. I. 14. *De legibus et const.* l. 12. *Si impertalis*. § 1. *Cum igitur*. — Dans le même sens X. V. 39. *De sententia excommunicationis*. c. 39. *Inter alias*.

(4) Innocent IV. *Apparatus*. In X. II. 28. *De appellationibus*. c. 61. *Cum speciali. v. suspectum*. Quidam tamen dicunt, et forte non male, quia in inferioribus iudicibus non licet neque concedere, neque interpretari iura... nec etiam licet interpretari inter ius et aequitatem.

(5) Gl. ad X. V. 39. *De sententia excommunicationis*. c. 31. *Inter alias. v. interpretatio*. ad quem pertinet iuris constitutio, ad ipsum pertinet interpretatio. — Elle allègue ensuite Cod. I. 14. *de leg. et constitu.* l. fin. dont c'est le sens exact ; mais elle ajoute aussi dict. Grat. a. c. 47. *Clericum*. C. XI. q. I. qui n'a qu'un lointain rapport avec cette question.

(6) Hostiensis. Ib. ad X. V. 39. 31. *v. interpretatio*.

(7) Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus et constitutionibus principum*. l. 11. *Cum de novo. v. Cum de novo*. — La Novelle 115 invitait les juges à ne pas recourir à l'Empereur, pourtant la Glose spécifiait qu'il ne fallait faire usage de l'analogie qu'au cas d'absence de l'Empereur. — La glose du Décret qui date à peu près de la même époque ne fait toutefois pas mention de cette restriction au c. *Consuetudo*. 5. D. I. — Odofredus suivait la Glose. Dig. I. 3. *De legibus et senatusconsultis*. l. 12. *Non possunt*. — Jacques de Révigny, par contre, place l'analogie avant le recours au prince. Cela vient vraisemblablement de la conception différente qu'il se faisait de l'interprétation. Voir plus bas p. 105. — Cinus relève d'ailleurs cette divergence. In Codicem. Ad Cod. I. 14. l. *Cum de novo*. n. 2.

(8) Innocent IV. Ib. In X. I. 29. *De officio iudicis delegati*. c. 27. *Super quaestionum. v. a iudice*. — Ph. Decius. Ib. In X. II. 28. *De appellationibus*. c. 68. *Intimasti*. n. 3. — E. Pirhing. L. II. tit. 28. n. 278.

pouvait avoir lieu que sur un point de droit : les questions d'espèces en étaient formellement exclues. Afin d'éviter la multiplication de ces recours, le droit punissait le juge qui l'utilisait sans motif suffisant. Le juge avait le pouvoir d'imposer aux parties le recours au Pape, et elles devaient y consentir. Leurs droits étaient cependant à l'abri de tout abus en raison des formalités à remplir : l'acte exposant le point de droit douteux qu'il fallait trancher devait être exposé dans un écrit rédigé par un notaire, être soumis aux parties, signé par deux personnes étrangères au procès et authentiqué par un sceau. Ce recours, sauf en matière criminelle, devait être introduit avant que soit rendue la sentence définitive. L'effet de cette « *relatio* » était suspensif de la juridiction du juge. Toutefois, à cause des nombreux inconvénients qui en résultaient, cette procédure tomba en désuétude : les procès notamment entraînaient en longueur (1). Sans l'avoir jamais réprouvé, les consultations des Congrégations romaines montrent que le style de la Curie était plutôt opposé à l'emploi de ce moyen extraordinaire (2).

Aucun texte ne permet au juge de porter une cause devant le Pape au cas de doute de droit (3).

Ainsi fait défaut tout moyen de recourir à l'autorité supérieure sur ce point : il faut donc de toute nécessité que les juges exercent, même en ce cas, le pouvoir qui leur a été commis. La volonté du législateur, pour être implicite, n'en est pas moins formelle. Sans doute, il n'est pas interdit aux Ordinaires de solliciter l'interprétation authentique d'une disposition du droit obscure ou douteuse, en s'adressant à la Commission pontificale chargée d'interpréter le Code de droit canonique, mais ce recours se fait indépendamment de l'exercice du pouvoir judiciaire, par voie administrative.

§ III. — LE POUVOIR DU JUGE

Ainsi, au moins pour les cas les plus fréquents et les plus pratiques de doutes de droit ou de lacunes dans la législation, s'impose en droit comme en fait la nécessité de conférer au juge les pouvoirs indispensables pour remplir sa charge.

Comment les auteurs ont-ils fini par admettre et par reconnaître cette nécessité ? ce pouvoir d'interprétation n'entraîne-t-il pas après soi la concession d'une parcelle de pouvoir législatif ? s'il en est ainsi, le pouvoir du juge diffère-t-il de celui des interprètes et du législateur ?

Le Code a repris la doctrine élaborée dans l'ancien droit au sujet de la nécessité de concéder au juge le pouvoir d'interpréter.

(1) E. Pirhing. *Ib.* n. 280. — Reiffenstuel. *L. II.* t. 28, n. 329.

(2) Card. Lega. *I.* p. 34.

(3) Daté du 15 septembre 1917 et annexé au Code.

Ce pouvoir des juges d'étendre la loi était reconnu explicitement dans la législation de Justinien (1). Quelles conséquences les canonistes allaient-ils lui faire produire ?

La plus grosse difficulté résidait dans le texte d'Innocent III qui réservait le pouvoir d'interpréter les lois à celui qui les édictait (2). Aussi, encore au XVI^me siècle, certains professeurs enseignaient-ils que le Prince seul jouit du pouvoir d'interprétation. Même s'il s'agissait d'un cas particulier, non prévu par la loi, il n'y avait pas là, selon eux, matière ni à interprétation, ou à extension, puisque, disaient-ils, des textes formels l'interdisaient aux juges inférieurs (3). Caepolla, par exemple, en concluait astucieusement que les juges ou les interprètes ne pouvaient pas étendre la loi, ce qui était défendu, mais simplement déclarer, ce qui était permis, qu'il fallait étendre la loi non seulement au-delà du cas immédiatement prévu, mais encore au-delà de la *mens* elle-même du Souverain (4).

Les canonistes, toutefois, ne semblent pas avoir considéré les Décrétales, pour absolues qu'elles fussent, comme des décisions excluant toutes distinctions et limitations (5). Sans doute, au témoignage d'Innocent IV, d'aucuns semblent avoir refusé de reconnaître, en droit, le pouvoir d'interprétation au juge (6). Le Pape fait néanmoins observer qu'il y a lieu de ne pas confondre un droit actuellement en litige, le « *ius litigatoris* », avec le droit porté par les canons, le « *ius constitutionis* ». Quant au premier, il ne saurait être interdit au juge de l'interpréter même « *inter ius et acquitatem* », c'est-à-dire en tenant compte des circonstances, et par conséquent (7), des considérations d'équité qui doivent alors intervenir (8).

Cette distinction revient à celle qu'emploient communément les docteurs entre interprétation générale et interprétation spéciale (9) : la première seule, disent-ils, exige l'exercice du pouvoir législatif et ne peut être employée par les juges inférieurs à cause de l'adage « *eius est interpretari cuius est condere* » et d'une disposition particulière du Décret commentée également en ce sens par Gratien (10). Cette possibi-

(1) Dig. I. 3. *De legibus*. l. 12. *Non possunt*.

(2) X. V. 39. *De sententia excommunicationis*. c. 31. *Inter alias*.

(3) Cod. I. 14. *De leg. et const.* l. 1. *Inter acquitatem*.

(4) B. Caepolla. — I. n. 54. sq. ...debet dici verum esse quod extensio non potest per eos fieri, sed bene potest declarari debet... fieri.

(5) Au moins en ce qui concerne les lois générales. Cf. Praepositus. Ib. In c. 5. *Consuetudo*. D. I. n. 2. — Panormitanus. Ib. In X. II. 28. *De appellationibus*, c. 24. *Proposuit*. n. 4.

(6) Voir plus haut p. 73, n. 4.

(7) Il appartient au Pape de régler les cas les plus importants parmi lesquels figurent les cas de doute de droit.

(8) Innocent IV. Ib. v. *suspectum*.

(9) H. Fitting. *Summa Codicis*. I. 14. *De legibus et const.* n. 7. — Cette distinction est reprise chez les canonistes au ch. *Ad haec*. X. I. 5. *De post. prael.* c. 1. v. *Interpretatio*.

(10) Dict. Gr. p. c. XI. q. I. c. *Clericum*. 47, suivant Bernard de Parme, au X. V. 39. 31. v. *interpretatio*.

lité pour le juge d'étendre ou d'interpréter analogiquement se légitime donc très bien, à condition toutefois de le limiter, et Innocent IV s'appuyait pour prouver sa thèse sur la loi « Non possunt » qui accordait certainement le pouvoir d'étendre une loi (1). Sa solution fut admise par tous les commentateurs (2), et le Code n'a fait que la reprendre (3).

Ce pouvoir de créer un droit subjectif entraîne nécessairement le pouvoir de créer un droit objectif : l'un ne va pas sans l'autre. Le juge crée donc un droit normatif applicable à l'hypothèse envisagée et non résolue par la loi. Ce pouvoir peut-il s'expliquer, sans reconnaître au juge un certain pouvoir législatif ? Le juge serait ainsi dans une certaine mesure un législateur.

Il semble difficile d'échapper à cette conséquence. Sans doute, le pouvoir d'extension analogique ne lui est-il concédé que dans la mesure où il n'est pas l'exercice du pouvoir législatif : la sentence n'a, en effet, de valeur que pour le cas soumis et entre les parties (4) ; et il n'a point une portée générale.

La sentence « dit le droit » exactement comme la loi (5), dont elle n'est, au surplus, que la déclaration. Elle n'est sans doute pas loi en ce sens qu'une loi est un précepte commun porté pour toute la société, avec un effet général. Là où ce caractère n'existe pas avec certitude, il n'y a pas de raison d'admettre un pouvoir législatif : interprétation authentique et nécessaire, peut-être, interprétation générale, certes pas.

Il est cependant malaisé d'admettre que la sentence — une sentence basée sur une extension analogique, évidemment — ne soit pas en quelque sorte un acte législatif, au moins quant au droit qui est concédé : seul, en effet, le législateur peut reconnaître et concéder des droits objectifs et tout droit subjectif socialement admis suppose un droit objectif.

L'assimilation du pouvoir extensif reconnu aux juges avec le pouvoir législatif paraît donc légitime : il y a création d'un droit et sa reconnaissance nécessaire par les parties en cause.

La tradition d'ailleurs se prononce nettement en ce sens : la Grande Glose dit : « Iudex facit legem trahendo de similibus ad similia » (6). Balde déclare lui aussi : quand la loi fait défaut, le juge décide et on l'appelle Prince (7).

Quoiqu'il en soit de cette question théorique, il n'en reste pas moins que tous admettent la possibilité et même l'obligation pour le juge de créer et de concéder des droits.

(1) Innocent IV. Ib. in X. I. 5. *De postulatione praelatorum*. c. 1. *Ad haec*. v. *regi*.

(2) Hostiensis. *Lectura*. in X. I. 5. *De postulatione praelatorum*, c. 1. *Ad haec*. v. *interpretatus*.

(3) C. 20.

(4) C. 17. § 3. — X. II. 27. *De sententia et re iudicata*, c. 13. *Cum inter*, § *Quamvis*.

(5) M. Lega. 1. p. 112. — Gl. in C. XXV. q. II. c. 10. *Quod vero*.

(6) Gl. in Dig. I. 3. *De legibus*. l. 12. *Non possunt*. v. *Iusque*.

(7) Baldus. in X. I. 2. *De const.* c. 1. *Canonum*. n. 33.

De ce pouvoir nécessaire accordé par le Prince découle une conclusion qui a, elle aussi, toujours été admise : le juge, en cette matière, jouit de plus importants pouvoirs que le simple interprète.

L'interprétation doctrinale ne crée certainement pas de droit, en principe au moins, elle ne saurait s'imposer ni à tous comme une loi, ni à des particuliers comme une sentence judiciaire ; elle n'est jamais que probable et tire sa valeur exclusivement des raisons qui l'appuient et de l'autorité de celui qui la propose (1).

Il n'est pas indispensable que les docteurs exercent ce pouvoir d'étendre la loi. Aussi a-t-on été beaucoup plus lent à le leur reconnaître en droit. Bien des commentateurs rappellent que le pouvoir d'étendre la loi ne leur est pas accordé (2). Au XVI^me siècle encore, Cepolla, on l'a vu, dénie à l'interprète le pouvoir d'étendre la loi à des hypothèses que la *ratio legis*, au moins, n'embrasse pas. Il paraît bien difficile de nier qu'en fait, il n'en ait pas été autrement. Cette interprétation n'était d'ailleurs que probable et n'entraînait donc à aucun titre des effets juridiques quelconques.

Il n'y avait d'exception à ce principe que sur un point : le juge ne pouvait être accusé devant le syndicat s'il avait suivi l'opinion même isolée de son maître (3). À part cette conséquence très indirecte et la valeur attribuée à l'opinion commune que nous étudierons ailleurs, l'interprétation doctrinale n'avait aucun effet juridique. Le Code est resté fidèle à cette ligne de conduite en énumérant parmi les sources que le juge aura à consulter l'opinion commune des docteurs.

Il concède donc au juge le pouvoir de créer une règle applicable au cas envisagé, pouvoir qui entraîne au profit du juge un pouvoir de nature supérieure à celui de l'interprète.

§ IV. — LA GARANTIE DES JUSTICIABLES

La fonction judiciaire si importante dans la société puisqu'elle constitue l'un des pouvoirs indispensables à sa vie, exige de celui qui en a la charge, non seulement une intégrité absolue, mais encore ce minimum de science qui donne aux justiciables l'assurance que la justice la plus équitable leur sera rendue.

Il faut cependant que les droits de ceux-ci, dans les cas toujours possible de faute ou d'ignorance, ne soient pas sacrifiés : il ne suffit pas que le pouvoir du juge soit soustrait à tout arbitraire d'une manière

(1) Voir Partie IV, chapitres 1 et 2.

(2) Pet. a Bellapertica. In *Digestum*. In Dig. XLV. I. *De verborum obligationibus*. l. 108. A Titio. n. 2. 21. — Cuius. In *Codicem*. Ad Cod. l. 14. l. 1. *Inter*, n. 3. — Bartolus. I. l. *De iustitia et iure*. l. 9. *Omnes populi* : Repetitio. n. 60. — Io. Andreae. *Mercuriales*. In reg. *Pro possessore*. 36. n. 9.

(3) Cf. plus bas p. 292.

simplement théorique. De cette préoccupation du législateur sont nées diverses institutions dont certaines font encore partie du droit actuel, mais d'autres, comme le syndicat, ne sont plus qu'un souvenir.

Celles qui ont été maintenues sont la possibilité de porter l'affaire en Cour de Rome, de récuser un juge, d'en appeler de la sentence du juge, et de recourir aux juristes.

Une affaire peut, en tout état de cause, être portée en Cour de Rome à raison de l'autorité universelle du Pontife romain. Aucune restriction n'est faite à ce pouvoir qui est laissé à l'entière disposition des parties (1), mais l'appel n'est pas suspensif si la procédure est déjà engagée.

Les justiciables peuvent aussi récuser un juge, fut-il l'Evêque lui-même. Dans l'ancien droit déjà, les cas de récusation n'étaient pas limités (2). On pouvait en tout état de cause y recourir. Il suffit, disait le Panormitan (3), après Innocent IV (4), qu'il y ait similitude avec les cas nommément prévus et toute raison grave serait certainement admise. Dans le droit actuel (5), les mêmes dispositions ont été maintenues : aucun cas de récusation n'est prévu ; cette exception peut être opposée en tout état de cause.

Les parties qui s'estiment lésées par une sentence peuvent faire appel. Aucune cause n'étant prévue dans le droit (6), tout appel doit être admis quel qu'en soit le motif, à condition qu'il soit interposé dans les délais déterminés par la loi. Certains cas, nommément désignés, excluent cependant le droit d'appel. Il en est ainsi des décisions rendues par le Souverain Pontife ou par la Signature Apostolique, des sentences d'un juge délégué par le Saint-Siège avec la clause « *appellatione remota* », puis des décisions entachées de nullité pour lesquelles d'autres remèdes sont prévus, de celles qui sont passées en force de chose jugée ou qui sont basées sur un serment décideire, enfin de celles qui ne sont pas définitives ou pour lesquelles le droit a prévu une procédure d'extrême urgence. Il en est de même, évidemment, du cas où le prévenu aurait renoncé d'avance par écrit à interjeter appel (7). Les parties ont ainsi la possibilité de prévenir toute défaillance des juges à qui sont confiées leurs causes.

Le Code a aussi conservé un moyen d'origine coutumière (8) qui permet au juge de s'éclairer avant de rendre une sentence. Il est per-

(1) C. 1557. § 3-1569.

(2) Gl. in X. II. 28. *De appellationibus*. c. 61. *Cum speciali*. v. *iustae suspicio-*
nis.

(3) Panormitanus. Ib. In X. II. 28. *De appellationibus*. c. 61. *Cum speciali*. n. 7.

(4) Innocent IV. Ib. v. *suspectum*. ...hoc relinquitur arbitrio iudicis.

(5) Cc. 1614-1617.

(6) C. 1879.

(7) C. 1880.

(8) Guil. Durandus. *Speculum*. II. P. 2. § 3. *ut autem tam generali consue-*
tudine.

mis au juge de consulter les savants. Cette institution a néanmoins été débarrassée des entraves qui la gênaient (1), et accorde au juge plus de liberté (2).

Les savants, semblables aux « prudents » de l'ancienne Rome d'après les auteurs du Moyen-Age, pouvaient être appelés comme conseillers pour aider le juge dans sa tâche et suppléer à son ignorance (3). Cette institution paraît avoir eu grande importance dans le passé : c'est à elle, en majeure partie, que sont dus ces « consilia » que civilistes et canonistes ont laissés. Quelle était la raison d'être de ces conseillers ? dans quelle mesure les juges pouvaient-ils les consulter ? Y avait-il pour ceux-ci obligation de suivre leur conseil ou conservaient-ils la liberté de rendre la justice suivant ce que dictait leur conscience ? (4).

Les docteurs viennent au secours du juge, sans que l'on puisse dire qu'ils se laissent uniquement guider par l'équité et la justice. Les docteurs sont plus impartiaux, assure-t-on, dans leur enseignement que dans leurs conseils (5). Quoiqu'il en soit, c'est bien pour assurer une sentence juste et équitable que le droit permettait d'y recourir. La première condition de ce recours était l'existence d'un doute, même d'un cas d'espèce, à plus forte raison celui d'un doute de droit (6). Il était accordé tant aux juges qu'aux personnes immédiatement intéressées, les justiciables. Les uns comme les autres peuvent l'exiger. En ce cas, ni les juges (7), ni les parties ne peuvent refuser leur concours. Le juge peut même être puni au cas de refus (8). S'il réclame (9) le concours du docteur, les parties ne peuvent s'y opposer ; il a ce même droit en cas de contumace (9). Ce droit va si loin qu'il peut contraindre un docteur à se présenter (10). Ce dernier ne peut refuser sans raison sérieuse (11).

Certains statuts prévoyaient le recours du juge aux « periti iuris » (12). D'autrefois seul le *reserit* ou la *commissio* qui accordait un juge délégué formulait cette exigence (13). La question du recours obligatoire aux docteurs était cependant disentée : Ménochius (14) tenait pour

(1) E. Fournier. *La « requisitio consilii » de l'Official de Saint-Omer.*

(2) Cf. A. Checchini. *I consiliarii*, pp. 625 ss.

(3) Elle eut pourtant ses détracteurs. — Guil. Durandus. *Speculum*. L. II. P. 2. *De requisitione consilii*. § 2. *Si vero*. Quam consuetudinem reprobamus... multa enormia possunt per tales iudices committi.

(4) Baldus. *Additio ad Speculum iuris*. L. II. P. 2.

(5) Voir chapitre IX p. 280 s.

(6) Cat. de Boncompagnis. P. 2. n. 159.

(7) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 69.163

(8) Pac. Schala. TUI. III. P. 1. F^o 331, l. 4, c. 9.

(9) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 162. sq. — X. I. 29. *De officio delegati*, c. 28. *Pastoralis*. — Innocent IV. Ib. In X. I. 29. *De officio delegati*, c. *Super quaestione*, n. 6.

(10) Pacius Schala. Ib. l.

(11) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 162.

(12) Pac. Schala. Ib. l. 3. c. 4.

(13) Innocent IV. In X. I. 29. *De officio delegati*, c. 3. *Si pro debilitate*, v. *consulere*.

(14) I. Menochius. Ib. I. q. 23. n. 11.

la négative, sauf le cas d'un statut formel. De fait, nulle part, le droit ne prévoyait ce moyen. Il n'était pas non plus mentionné dans la formule du serment imposé au juge. En outre, si une cause était confiée à un conseiller, le juge devait en principe néanmoins conserver le droit de s'écarter du conseil, car lui seul possède la juridiction requise.

Le conseil une fois donné, l'avis du docteur s'imposait-il au juge ? Les auteurs distinguent suivant que l'avis du savant a été demandé ou non par le juge. Si le conseil est donné sur sa demande expresse et qu'il estimait le conseil entaché d'injustice, il n'était certes pas tenu de le suivre (1). Si, par contre, les parties ont demandé ou exigé la consultation, et si le juge est d'un avis différent, il pouvait suivre l'avis du conseil, sans y être tenu : les parties n'avaient qu'à supporter les conséquences de leur acte ayant tacitement consenti à admettre la solution proposée par le conseiller (2). Si le juge refusait de se ranger à l'avis du conseil (3), les parties avaient un recours contre l'expert qui avait donné un avis entaché d'injustice (4). Les statuts prévoyaient des peines contre les « periti » coupables. Les parties avaient aussi un recours contre le juge qui avait refusé de suivre l'avis du conseiller (5). Toutefois, même quand un statut imposait le recours, le juge n'était pas lié par l'avis exprimé (6). Certains statuts cependant imposaient au juge une sentence conforme à cet avis (7).

Le Code a maintenu cette institution au canon 1575, à titre facultatif et sans obligation de se ranger à l'avis des conseillers.

Une curieuse institution, aujourd'hui disparue, et également d'origine coutumière, a existé en Italie : celle du syndicat (8). Composé des préfets et des Evêques d'une région déterminée, il faisait comparaître devant lui les juges coupables d'avoir agi par dol ou d'avoir enfreint les règles posées par le droit en rendant la justice. Il en était ainsi d'un juge qui n'aurait pas observé le style de la Curie ou l'opinion commune de la doctrine. Cette institution disparut au XVIII^me siècle.

L'objet de ce chapitre était de déterminer la nature et l'étendue du pouvoir laissé par le droit canonique au juge. Suivant en cela une tradition plutôt libérale, ce pouvoir a toujours été et se trouve encore considérable, au moins pour les cas omis par le législateur. Sans doute, soucieux d'assurer la sécurité des justiciables, le droit canonique a établi ou conservé des institutions capables de les protéger, il n'en a pas moins laissé au juge une grande liberté. Toutefois le droit canonique

(1) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 162.

(2) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 164.

(3) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 69.

(4) Pacius Schala. Ib. l. 4. c. 5.

(5) Pacius Schala. Ib. l. 3. c. 2.

(6) Cat. de Boncompagnis. Ib. n. 69.

(7) Gl. in VI^o. Reg. iur. *Nullus ex consilio. 62 v. nullus.*

(8) Sur les syndicats, cf. G. Masi. *Il sindacato.*

a-t-il négligé de donner aux juges des directives suffisantes pour l'aider à bien remplir la mission qui lui est confiée de participer à la création du droit ? Les juges jouissent-ils, sauf les institutions rapportées plus haut, d'une entière liberté ? Aussi le droit canonique leur désigne-t-il des éléments objectifs qui d'une part les guideront dans leur mission de vérité et de justice, d'autre part, mettront les justiciables à l'abri de l'arbitraire ? Telle est la question que nous allons examiner.

CHAPITRE II

La solution du Code

Le Code de droit canonique a déterminé certains moyens qui permettront au juge de trancher un cas non prévu dans la législation. Il doit trouver la norme à suivre dans les lois portées pour les cas semblables, dans les principes généraux du droit appliqués avec équité, dans les solutions rendues par la Curie romaine, et enfin dans l'opinion commune et constante de la doctrine.

Avant d'examiner en détail le bien fondé de chacun de ces moyens et leurs modalités, il faut élucider quelques points généraux. Nous étudierons d'abord si la solution du Code a modifié les usages reçus par le droit canonique antérieur. En second lieu, nous déterminerons le rôle de l'équité canonique : celle-ci est-elle par elle-même un moyen de suppléer aux lacunes du droit, est-elle susceptible de donner une solution sans que le juriste doive recourir à l'analogie ou aux principes généraux ? ou bien son rôle n'est-il que d'atténuer les solutions trop rigoureuses ? En outre, ces moyens doivent-ils être utilisés successivement dans l'ordre indiqué par le Code, les uns à défaut des autres, ou bien sont-ils laissés au libre choix du juge. Enfin, nous chercherons à préciser s'il est encore loisible à l'interprète de recourir à une source traditionnelle en droit canonique, omise dans le canon 20, c'est-à-dire au droit romain ou au droit civil des diverses nations.

§ I. — LE CANON 20 ET LA SOLUTION DE L'ANCIEN DROIT

M. M. Falco a soutenu que les solutions données par le canon 20 sont nouvelles (1). Elles seraient empruntées aux codes badois, autrichien et suisse (2). Elles seraient complètement étrangères à la tradition du droit canonique.

(1) M. Falco, *Introduzione*, p. 103.

(2) Cod. suisse, art. 1 : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut de coutume, selon les règles qu'il

Cette opinion n'est pas admissible. Il n'y a sans doute, dans les éditions du Code « *cum fontium annotationibus* », aucune référence au droit ancien. On pourrait aussi confirmer cette manière de voir par le silence de quelques textes de décrétales ou de décrétalistes. On pourrait alléguer, par exemple, le chapitre *Ex parte* du « *De transactionibus* » (X. I. 41. 11.) qui déclare : « *In his super quibus ius non invenitur expressum procedas, aequitate servata, semper in humaniorem partem declinando secundum quod loca et tempora videris postulare* ». Ce texte ne fait pas la moindre allusion à l'analogie ni aux principes généraux du droit. Le Panormitan ne donnait-il pas une solution identique quand il disait, en se fondant sur le Décret (1) et le Digeste (2) : « *Deficiente iure scripto consemus recurrere ad rationem naturalem* » (3).

La solution du problème résultera de l'examen de l'ensemble de la législation, non de celui de l'un ou de l'autre fragment, même de décrétales (4). Le droit canonique n'entendait pas fournir lui seul la solution de tous les problèmes juridiques à l'exclusion de toute autre source. Il reconnaissait au droit romain le rôle de suppléer aux hypothèses que ne prévoyait pas sa propre législation (5). Ce recours, est-il besoin de le dire, existait surtout pour les matières relevant spécialement de la technique juridique, d'autant que, sur ce point, le droit romain offrait une solution depuis longtemps éprouvée, et dont l'autorité n'était nullement négligeable.

Sur le point qui nous occupe, le droit canonique n'avait qu'à reprendre, et il a repris de fait, la solution donnée par le droit romain. Cette solution fut adoptée très rapidement.

Etienne de Tournai indiquait, au cas du silence de tout texte, l'emploi de l'analogie (6). En revanche, Rufin, Magister Rolandus n'en font pas mention. Huguccio, par contre, donnait le choix entre la raison naturelle et l'analogie, tout en rappelant que le Décret lui-même pré-

établirait, s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solution consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Cf. sur cet article : A. Gmür, *Die Anwendung*. — G. Cornil, *Le droit privé*. — J. Dabin, *La Belgique judiciaire*, 1924. *Le droit privé*. — Code badois, § 4 a. — C. civ. autrich. § 7. — C. civ. argentin, art. 16. — Sur les dispositions d'autres droits civils, notamment du droit japonais, voir N. Sugiyama, *La loi du 8 juin 1875*, dans *Mélanges Gény*, II. pp. 446 ss., surtout la page 453. — Sur la révision du Code civil hollandais, cf. J. H. P. Bellefroid, *De bronnen*, p. 186. — Dans l'Etat de la Cité du Vatican, une loi du 7 juin 1929 indique les sources du droit à l'article 3. — Les dispositions d'autres Codes, par ex. du C. italien, art. 3 des disp. préliminaires, peuvent donner lieu à des discussions sur leur interprétation, ils ne tranchent pas la question explicitement.

(1) D. I. c. 5. *Consuetudo*.

(2) Dig. XXVII. 1. *De excusationibus tutorum*. l. 13. *Scire oportet*. § 6. *Sufficit*.

(3) Voir plus bas p. 134 s.

(4) Voir P. Fedele qui semble considérer trop exclusivement le chapitre *Ex parte*, dans son étude, p. 25 s.

(5) Gl. ad D. I. 5. v. *Cum deficit lex*.

(6) J. F. Schulte, *Summa des Stephanus Tornacensis*, p. 9. Ad D. I. c. 5. v. *saluti*. Ubi ius scriptum et consuetudo deficiunt in aliquo negotio, tunc de similibus ad similia procedendum est.

voyait uniquement le recours à la raison naturelle (1). La glose du Décret (2) place en premier lieu le recours aux lois portées par le Droit civil. En quoi, elle ne faisait que répéter la solution du Décret lui-même au chapitre « Si in adiutorium » (D. X. c. 7). reprise dans les Décrétales au chapitre « Intelleximus ». Elle indique ensuite la coutume, soit générale, soit régionale. L'analogie venait ensuite par application de la loi « Non possunt ». En dernier lieu, tous étaient d'accord pour admettre l'autorité de la coutume de l'Eglise de Rome. Ainsi, dès les origines du droit canonique, se trouvait esquissée au moins dans les grandes lignes la solution actuellement préconisée par le Code. Cette solution fut reprise par les Décrétistes (3) et les Décrétalistes (4) postérieurs, soit implicitement, soit explicitement : ils indiquent tous le recours à l'analogie et à la coutume de l'Eglise romaine.

Ce n'était là toutefois qu'une esquisse qui ne tarda guère à se développer par la théorie de l'« arbitrium » (5). Et, cette fois, nous trouvons, pour ainsi dire, point par point, la réponse même du Code, sous des termes peut-être un peu différents, mais qui désignent exactement la même réalité.

Il y avait lieu à *arbitrium* quand le juge ne pouvait pas trouver dans la législation la solution d'un cas proposé, quand une question d'espèce se posait, ou plus simplement, quand la loi elle-même laissait au juge pleine et entière liberté de décider, sans lui donner aucun moyen d'appréciation (6). L'*arbitrium* ne laissait pas au juge la faculté de décider suivant son bon plaisir. Le droit se garda bien de lui confier un pareil pouvoir. Depuis Rogerius (7), en effet, l'on distinguait un double *arbitrium* : un *arbitrium liberum* ou *plenum* et un *arbitrium regulatum a iure*. Le premier consistait dans la pleine liberté pour le juge de juger et de décider, sans aucunement tenir compte des règles

(1) Huguccio. Ad. D. I. c. 5. *Consuetudo*. v. *Uum lex deficit*. Sed utroque deficiente vel succedit ratio naturalis, vel de similibus ad similia est procedendum vel faciendum est sicut habet D. XX. c. 1. *De libellis*. c. 3. *De quibus*.

(2) Gl. ad D. I. c. 5. *Consuetudo* v. *consuetudo*. ...Deficiente omni iure procedat ad generalem consuetudinem vel etiam particularem cum defuerit generalis ; licet quidam tunc dicant recurrendum ad consuetudinem romanam ; deficiente iure et consuetudine procedat de similibus ad similia, ut D. XX. c. 3. *De quibus*. Dig. I. 3. *De legibus*. l. 12. *Non possunt* ; omnibus deficientibus ad romanam consuetudinem procedat.

(3) Archidiaconus. In c. 5. D. I. v. *Cum deficit*. — Aeg. Bellamera. In c. 5. D. I. n. 10. — Praepositus. In c. *consuetudo*. n. 8.

(4) Hostiensis. *Summa*. Prooemium. n. 4. Il insiste sur la coutume romaine quand il s'agit de juger. — Panormitanus. In V. II. *Decretalium*. Ad. X. I. 2. *De constitut.* 3. *Translato*. n. 4. — Felinus Sandaeus. ib. n. 9. ss. — E. Pirhing. Lib. I. tit. 2. n. 107. — F. Schmier. *Tr. praefamb.* nn. 59 ss.

(5) Hostiensis. *Lectura*. In X. I. 36 *De transactionibus* c. 11. *Ex parte*. v. *aequitate*. Quae non expressa sunt in lege, commissa sunt eius arbitrio. — *Summa*. In X. V. 41. *De regulis iuris*. n. 3. Omnia talia arbitrio iudicis committunt. — I. Menochius. *De arbitrariis*. I. Prooemium. n. 5.

(6) I. Menochius. Ib. I. q. I. nn. 4. sqq.

(7) Suivant Accurse ; Gl. ad Dig. XXXII. *De legatis*. l. 11. *Fideicommissa*. § 7. *Quanquam*. v. *arbitrium*.

positives (1), seul le *dol* lui était interdit (2). Mais, sous cette réserve près, il lui était loisible de juger absolument comme bon lui semblait. L'*arbitrium regulatum*, au contraire, fixait au magistrat des limites plus strictes (3). Il devait tenir compte du droit commun et de l'équité civile, dont la doctrine, cela va sans dire, déterminait la portée. Et d'abord elle reprenait la solution donnée par la Glose à la loi « Non possunt » du Digeste (I. 3. *De leg.* l. 12) : il faut s'inspirer des solutions données dans les cas semblables. De cette manière, au moins dans une certaine mesure, l'arbitraire du juge reste fidèle au droit écrit, et c'est, en première ligne, à des éléments d'ordre légal qu'il doit recourir pour donner une solution. Et ce, à juste titre, insinuent les auteurs (4) : n'est-il pas vrai, en effet, que la première condition d'une loi soit d'être conforme au droit naturel. S'il en est ainsi, mieux vaut recourir à une solution donnée par une loi au moins indirectement, plutôt que de recourir à une solution fondée sur la seule raison ou sur l'équité.

Mais ce principe ne peut pas indéfiniment fournir la solution aux problèmes posés ; il n'est pas toujours possible de découvrir une loi qui vise un cas où il y a une similitude. En outre, la solution donnée par des dispositions légales en des matières similaires n'est pas toujours adéquate et ne répond pas pleinement à l'hypothèse envisagée. Aussi, d'autres éléments s'imposaient dont le juge devait tenir compte, même dans l'*arbitrium regulatum*. D'aucuns disaient qu'il fallait recourir à la coutume (5). Mais on répondait que la coutume avait déjà été prise en considération. On suppose, en effet, un cas dont la solution n'est fournie en aucune manière, et la coutume, tout aussi bien en droit canonique qu'en droit romain, fournit une solution ferme et de même valeur que celle de la loi (6).

Les principes généraux de droit étaient le seul élément positif auquel le juge pouvait encore faire appel. Quoiqu'on ne le trouve pas toujours formellement indiqué (7), il n'y a pas de doute qu'il ait dû entrer en ligne de compte dans l'usage de l'*arbitrium regulatum* (8). La distinction faite entre *arbitrium liberum* et *arbitrium regulatum* est en effet fondée sur le fait que le premier est indépendant des règles du droit civil, mais non point des règles du droit naturel ou du droit des gens. Or, ce qui constitue précisément l'ensemble des règles du droit civil n'est autre chose que les principes généraux du droit.

(1) I. Menochius. *Ib.* I. q. 13. nn. 2. ssq.

(2) *Id.* *Ib.* n. 11.

(3) *Id.* *Ib.* q. 14. 2 ssq.

(4) I. Menochius. *Ib.* q. 14. n. 2.

(5) *Id.* *ib.* n. 3.

(6) *Id.* *ib.* n. 4.

(7) Panormitanus. *In quinque ll. Decret.* In I. 2. *De const.* c. 1. *Canonum.* n. 14. ...Si non est dare simile debet tunc recurrere ad Principem.

(8) Ph. Decius. *De regulis.* In *rub.* n. 3. ...in subsidium ad communes regulas iuris. — C'était d'ailleurs conforme à toute la théorie des règles de droit.

Toutefois, tant pour les principes généraux que pour les lois portées dans des cas semblables, il n'y a pas nécessairement adéquation entre l'hypothèse envisagée et le principe à l'aide duquel on veut la résoudre. Aussi, les auteurs avaient-ils recours à la raison et à l'équité au moins pour modifier ce que les lois semblables et les « *regulae iuris* » pouvaient avoir de trop absolu (1). D'ailleurs, une telle solution était pleinement conforme elle-même à la distinction de l'*arbitrium plenum* et de l'*arbitrium regulatum*. Il était donc possible de recourir à l'*arbitrium liberum* après avoir épuisé les solutions fournies par l'*arbitrium regulatum*. Règles bien vagues et imprécises, dira-t-on ? il n'en reste pas moins vrai que de toute évidence la solution donnée par le Code canonique est dans le sens de la tradition. Il est donc indéniable que la tradition canonique imposait au juge de recourir aux lois portées dans les cas semblables, puis aux principes généraux du droit, enfin à la raison et à l'équité.

Nous n'avons pas encore rencontré tous les moyens indiqués au canon 20. Ce dernier ajoute aux précédents des éléments positifs : le style et la pratique de la Curie Romaine (2), puis l'opinion commune et constante de la doctrine. Il faut reconnaître que le droit positif ne mettait pas cette limitation à la liberté laissée au juge. Mais, en pratique, ou mieux suivant la coutume, il n'en allait pas de même : il est absolument indiscutable que les décisions de la Curie Romaine et l'opinion commune des docteurs avaient une autorité incontestée.

Ainsi, tous les différents moyens indiqués par le canon 20 existent déjà dans la tradition canonique tant coutumière que légale. Pour les points les plus délicats de leur interprétation, il suffira donc, suivant la prescription du canon 6, de recourir à l'ancien droit, pour fixer avec autant de précision que possible l'influence qui devra leur être attribuée.

§ II. — LE RÔLE DE L'ÉQUITÉ

Une difficulté spéciale se pose à propos de l'équité : faut-il la considérer comme une source séparée et distincte, susceptible de donner une solution qui ne serait pas basée sur le droit positif, ou ne peut-elle être admise que pour autant qu'elle modifie les principes généraux du droit ?

Si l'on veut s'en tenir strictement à la lettre du Code, il semble que l'on doive l'entendre avec cette dernière signification. Le canon 20 énumère quatre moyens de suppléer à la déficience de la loi : « a legibus latis in similibus ; a generalibus iuris principiis cum acquirate serva-

(1) Tuschus. *Practicarum conclusionum*. Litt. A. Concl. 470.

(2) Voir plus haut note 2. p. 17.

tis ; a stylo et praxi Curiae Romanae ; a communi constantique sententia doctorum ». Dans le texte, l'incise « cum aequitate canonica servatis » se rapporte uniquement à « a generalibus iuris principiis ». Rigoureusement parlant, elle ne se rapporterait même pas à « a legibus latis in similibus ». D'ailleurs, la ponctuation, s'il faut la faire intervenir, vient confirmer cette interprétation stricte. Et néanmoins, on peut se demander si les lois similaires et les principes généraux du droit sont susceptibles de procurer la solution de tous les problèmes qui peuvent se poser. Qu'elles puissent les fournir à elles seules, le droit canonique ne le pense pas, puisqu'il fait précisément appel à l'équité afin de les modifier, mais le recours à l'équité est-il nécessairement subordonné à l'emploi de l'analogie ou des principes généraux du droit ?

L'indication de deux autres éléments : le style et la pratique de la Curie et l'opinion commune des docteurs, fait pencher pour la négative, indépendamment d'autres arguments historiques qui seront développés dans le chapitre consacré à l'équité canonique. Si, en effet, le canon ajoute un élément aux lois portées dans les cas semblables et aux principes généraux, ce ne peut être qu'une chose radicalement différente de ceux-ci : et sur quoi, en ce cas, porteraient les décisions curiales et l'opinion des auteurs, si ce n'est sur des points fondés en raison et donc en équité ? (1).

On dira que les deux moyens indiqués sont de purs et simples éléments positifs destinés à asseoir et à renforcer la religion du juge, et qu'ils peuvent viser uniquement des cas tranchés en vertu des motifs de similitude ou par les principes généraux du droit. Qu'ils le puissent, sans doute ; mais la question n'est pas là, elle est de savoir s'ils ne peuvent être invoqués que s'ils sont fondés sur une similitude ou sur une « regula iuris ». Il ne semble pas que cette interprétation étroite et restrictive, non seulement soit prouvée, mais même puisse l'être : un texte formel et restrictif fait défaut.

D'ailleurs, pour trancher définitivement la question, il suffit de faire appel à l'ancien droit : celui-ci reconnaissait, à n'en pas douter, comme source ultime à laquelle il pouvait être fait appel et la raison naturelle et l'équité canonique (2). Menochius, qui traite la question ex professo dans son « De arbitrariis iudicem », l'indique clairement : « sequendi canones iuris, rationis et aequitatis, arbitrari secundum mentem legis, iuris, rationis ac demum secundum aequitatem » (3).

Il paraît donc indiscutable qu'il faille considérer l'équité comme source supplétive de droit, indépendamment des lois portées dans les cas semblables et des principes généraux ; elle est donc susceptible de donner une solution qui n'aurait aucun fondement dans le droit positif.

(1) Praepositus. In *Decretum*. D. I. c. 5. *Consuetudo*. n. 2.

(2) Ib. q. 13. n. 15.

(3) P. Laymann. In V. ù. *Decret.* I. 2. *De const.* c. 1. *Canonum*. n. 17.

§ III. — L'ORDRE A SUIVRE DANS L'USAGE DES MOYENS

Ces moyens doivent-ils être utilisés dans l'ordre indiqué par le Code, à défaut l'un de l'autre ; ou bien l'interprète peut-il y recourir comme il lui plaît en choisissant indistinctement parmi eux ?

Sosio d'Angelo (1) pense qu'il faut respecter l'ordre du Code : le juge utilisera donc en première ligne l'analogie, à son défaut, il aura recours aux principes généraux du droit ; il se tournera vers l'équité s'il n'y a pas d'autre moyen de découvrir la solution juste. Il semble que la solution contraire soit préférable : le Code laisse à l'interprète liberté complète de choisir le moyen le plus apte à suppléer à la loi. Qu'il utilise l'analogie ou l'équité ou les principes généraux du droit, voire même le style et la pratique de la Curie ou l'opinion commune des auteurs, peu importe. L'essentiel est qu'il résolve le cas au mieux des intérêts de la justice et de l'équité. Le texte du « De transactionibus » est décisif sur ce point : c'est l'équité qu'il faut considérer avant tout. La glose parlait dans le même sens (2). Le chapitre « In causis » donnait une solution identique (3).

Le principe fondamental en la matière fournit d'ailleurs un argument péremptoire en ce sens : chacun des moyens indiqués au juge est basé en dernière analyse sur l'équité : le juge doit donc avoir la liberté de choisir la solution qui lui paraîtra la plus juste. Le domaine de la loi une fois épuisé, le juge reste libre de déterminer les moyens qu'il emploiera pour arriver à une solution juste : la chose capitale est qu'il y parvienne. L'ancien droit lui laisse pleine liberté (4) de choisir non seulement entre les lois semblables, mais entre les lois semblables et les principes généraux du droit et même l'équité. Il devait simplement respecter la justice, la raison naturelle. Rien ne laisse présumer qu'une modification ait eu lieu sur ce point. Et, comme il faut interpréter le droit actuel, dans ce cas, à la lumière de l'ancien droit (5), la solution adverse semble pécher par la base.

§ IV. — LE DROIT ROMAIN ET LE DROIT CIVIL SONT-ILS ENCORE DES SOURCES SUPPLÉTIVES ?

Le juge, libre de choisir tel moyen qui lui plaît pour arriver à la solution juste, pourrait-il, pour suppléer le droit positif canonique, em-

(1) C'est, du moins, ce qui ressort de son exposé. S. d'Angelo. *Le lacune nel vigente ordinamento giuridico canonico*. Studium. t. XXII. 1926. pp. 257 sqq. 321 sqq. — Dans le même sens A. Toso. I. p. 64.

(2) Gl. ad X. I. 36. *De transact. c. Ex parte*. 11. v. *Aequitate*.

(3) X. V. 37. *De sententia et re iudicata* c. 19. *In causis*.

(4) I. Menochius. Ib. q. 13. n. 6.

(5) C. 6. n. 2°.

ployer des moyens qui ne sont pas mentionnés dans le canon 20 ? Cette question vise surtout (1) le droit romain et aussi le droit civil de chaque Etat. L'interprète peut-il s'autoriser d'une loi civile ou d'une loi romaine pour suppléer un cas omis ?

Il y avait, à ce sujet, avant le Code, une grande controverse : la législation civile et le droit romain devaient être tenus pour supplétifs du droit canonique. Cette controverse remonte dès avant le XVI^e siècle et a son origine dans la Constitution « *Super specula* » d'Honorius III qui déniait en France au droit romain le caractère de loi universelle. Le problème se généralisa avec les codifications modernes : ne fallait-il pas substituer ces dernières au droit romain périmé.

Immédiatement avant le Code, Wernz (2) tenait en faveur du droit romain sur la foi de la Décrétale d'Honorius III ; d'Annibale (3), par contre, avec Bucceroni (4), se prononçait en faveur du droit civil moderne : les canons doivent en effet s'aider des constitutions des princes et non point des conseils des prudents ; d'ailleurs, le droit de Justinien n'avait plus force de loi nulle part.

La pratique de la Curie Romaine était sur ce point hésitante et ne fournissait aucun argument apodictique en faveur de l'une ou l'autre thèse. La tendance favorable au droit romain invoquait deux décrets de la Congrégation des Evêques et Réguliers (5), prévoyant le recours au droit romain en cas de silence de la loi canonique. Le Tribunal de la Rote avait pourtant, à diverses reprises, fait appel aux Codes actuellement en vigueur (6), par contre, la Signature Apostolique avait fait appel au droit romain (7). Ainsi, pas plus que la doctrine, la pratique ne suivait une direction bien franche.

Depuis la promulgation du Code, le droit romain et le droit civil peuvent-ils encore être admis comme sources supplétives de la législation canonique ? Il importe de remarquer que le Code n'admet d'une manière générale ni l'un ni l'autre. Le canon 20 est muet sur ce point et son silence équivaut à une exclusion.

Le droit romain conserve indiscutablement une certaine importance pour toutes les lois que le droit canonique lui a empruntées. Ainsi, par exemple, en est-il des dispositions regardant les personnes morales, de celles qui concernent la filiation légitime ou la solution des lacunes (8) :

(1) Ph. Maroto (I. n. 169), A. Ortscheid (n. 123) et F. Magnin (*Dictionnaire*, I. p. 118) voudraient recourir au droit antérieur. Cette opinion est difficile à admettre pour les cas autres que ceux prévus au c. 6.

(2) F. X. Wernz. I. n. 195, note 130.

(3) I. d'Annibale. *Summula*. I. n. 201.

(4) I. Bucceroni. *Institutiones*. I. n. 184.

(5) Cf. F. X. Wernz. I. n. 195, note 130.

(6) *S. Romana Rotae decisiones seu sententiae*, IV. 1912. p. 161 ; VII. 1915. p. 13 ; IX. 1917. p. 85.

(7) AAS. X. 1918. p. 42.

(8) Cc. 100 ss. ; 1114 ss. ; 20.

les unes comme les autres en sont directement inspirées. En outre, il reste toujours cette « ratio scripta », chef-d'œuvre de la sagesse antique, parvenue à déceler au moins les principes essentiels de la philosophie du droit (1).

Doit-on pourtant y recourir au cas de défaut d'une solution par le droit canonique ? Le droit romain, ont prétendu certains (2), aurait été visé par l'expression du canon 20 : « a generalibus iuris principiis ». Cette assertion est, à notre sens, insoutenable, nous le verrons (3) ; en l'absence d'une plus grande précision du texte, il faut recourir pour l'interprétation de ces termes au droit antérieur ; or, le droit ancien entendait par « règles de droit » les principes généraux du droit canonique et du seul droit canonique. Le droit romain ne saurait donc à l'heure actuelle être invoqué comme source supplétive de la législation canonique.

Quant aux droits nationaux, en certaines matières, le droit canonique renvoie expressément au droit civil, ainsi des règles concernant les contrats, l'adoption en tant qu'empêchement de mariage, les prescriptions, transactions, les preuves par actes publics (4). Sur tous ces points le Code est explicite. Mais comme le Code ne dit pas un mot du droit civil au canon 20, qui a précisément pour objet de régler la solution des cas omis par le législateur, il ne peut y être fait appel, dans les autres matières. Cette réponse est d'autant plus indiscutable que le problème était vivement agité au moment de la rédaction du Code. Telle est, au surplus, la doctrine commune des canonistes à l'époque actuelle (5).

En sens contraire, S. d'Angelo (6) fait valoir la collaboration à promouvoir entre l'un et l'autre droit. Vermeersch répond avec beaucoup de vérité que le droit civil étant d'un ordre inférieur au droit canonique, il n'y a aucune raison de lui faire des avances, sauf le cas de nécessité (7).

Vermeersch (8) admet cependant que l'on peut étendre par analogie, en vertu du c. 20, les dispositions du droit national qui ont été reçues par l'Eglise. Ainsi, le c. 93 assigne au mineur un domicile nécessaire,

(1) Comme le dit la Constitution *Providentissima*. (27. V. 1917) qui promulgue le Code. p. XLVI.

(2) S. d'Angelo. *Le lacune*, p. 22 s. — I. Chelodi-E. Bertagnolli. n. 68. — B. Ojetti. I. p. 150, note 6.

(3) *Infra* pp. 156 s.

(4) Une autre disposition renvoie au droit civil, mais simplement pour permettre d'observer les formalités du droit civil en matière de mariage. Cette disposition a dû être admise pour les législations qui ne reconnaissent pas sur ce point la législation canonique. Elle concerne exclusivement la production des effets strictement civils du mariage, comme celui du régime des biens, etc. — Cf. c. 1063 § 3.

(5) Ph. Maroto. I. n. 364 s. — A. Cocchi. n. 8. — Ch. Augustine. I. p. 100. — A. Vermeersch et J. Creusen. IC. I. n. 100. — J. Chelodi-E. Bertagnolli. n. 68. — F. X. Wernz. II. n. 3. — B. Ojetti. I. p. 150, n. 6. — B. Lijdsman, n. 61.

(6) O. c. p. 30 s.

(7) O. c. n. 100.

(8) O. c. I. c.

le domicile de celui qui en a la garde. Au mineur émancipé, on peut appliquer la règle posée par le droit civil.

Maroto (1) admet l'application de la loi civile dans les matières qui ressortissent principalement à l'autorité civile, par exemple pour l'adoption, la tutelle et la curatelle, la puissance paternelle. Leur détermination doit être laissée au droit civil qui précise les conditions de réalisation des effets canoniques.

Les principes dont partent ces auteurs peuvent être admis, sous une réserve toutefois. Quand le droit naturel lui-même indique la solution, il doit prévaloir sur le droit civil (2). En outre, il faut respecter les dispositions certaines du Code prévoyant que l'Eglise tient à garder son indépendance sur ce point (3).

Tel est donc le rôle à reconnaître au droit civil et au droit romain dans le droit canonique. Sans admettre une fonction supplétive de l'un ou de l'autre, on ne peut mettre en doute leur importance respective : le premier au point de vue des institutions actuellement conservées, le second surtout sous le rapport des matières où le droit canonique recourt lui-même à son intervention.

Ainsi ont été mis en lumière les principes essentiels de l'interprétation canonique ; elle tient avant tout à faire œuvre de justice et d'équité, ainsi qu'à faire prévaloir ses directives précisément parce qu'elle les juge plus conforme à l'idéal qu'il faut toujours avoir devant les yeux.

(1) Ph Maroto. o. c. n. 378. 3°.

(2) Comme M. Van Grinsben. *Nederlandsche Kath. Stemmen*. t. 27. 1927. pp. 344 ss. — En sens contraire A. Vermeersch. l. c.

(3) A. Van Hove. *Prolegomena* p. 88.

TROISIÈME PARTIE

LES ÉLÉMENTS RATIONNELS

Le Code formule le vœu que le juge intègre sa solution dans le cadre législatif existant. Telle est la raison de l'énumération qui fait précéder l'équité par l'analogie. Le Code laisse au juge le soin de découvrir la solution exacte que réclame la situation, fournie par le donné ; il désire néanmoins que les éléments ainsi dégagés soient assimilés par la législation existante. Aussi y a-t-il à étudier successivement l'analogie et les principes généraux du droit qui intègrent la solution dans le droit existant, puis l'équité, qui le met en harmonie avec le droit naturel.

SECTION I

L'analogie

L'élément indiqué en premier lieu pour aider le juge à bien remplir sa fonction supplétive se trouve dans les lois elles-mêmes, dans les diverses dispositions de la législation positive. Elles concrétisent les solutions vraies, exactes et justes exigées par les intérêts moraux et pratiques de la collectivité. Elles possèdent ces caractères car celui qui les a posées (1) les a nécessairement pourvues de ces qualités. Elles peuvent donc fournir au juge au moins une idée de la solution à adopter dans bien des cas : elles tiennent compte en effet des éléments dont le législateur lui-même s'est inspiré pour prendre une décision juste. Sous cet aspect, la loi, plus que tout autre, présente des garanties de certitude et de vérité (2).

La norme que le juge doit créer devra autant que possible avoir ces mêmes qualités. Il s'efforcera donc de se rapprocher le plus possible des solutions légales en des points semblables. Ceci se réalisera par la mise en œuvre de l'extension analogique de la loi (3).

Cette opération, très vivement critiquée à l'heure actuelle, a une histoire relativement complexe, non pas que la doctrine ait varié sur cette notion elle-même. Elle a toujours admis que l'analogie consistait dans l'extension d'une loi ou d'un principe de droit à un cas particulier non prévu par le droit positif et ne tombant pas sous l'intention du législateur. Elle trouvait d'ailleurs la voie tracée par Isidore : ce dernier faisait ressortir que l'analogie existe entre deux éléments semblables dont l'un est douteux et l'autre certain (4). Jean d'André disait avec plus de netteté : là où existe l'intention du législateur nous ne parlons pas

(1) P. Van der Eycken. *Méthode*. p. 133-138. nn. 76-79.

(2) F. Gény. *Méthode*. I. p. 141.

(3) La rédaction du Code envoyée aux Evêques en 1912 portait : a legibus latis in similibus casibus.

(4) S. Isidorus Hispalensis. *Etymologiarum libri XX*. L. I. c. 28. PL. t. 82, p. 104. *Ἀναλογία* graece, latine similitum comparatio sive proportio nominatur « cuius haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile quod non est dubium. referatur » ut incerta certis probentur ».

d'analogie. Cette même doctrine est plus tard affirmée explicitement par Suarez, qui précisera les cas dans lesquels il y a lieu à application de la loi.

Mais les applications qui furent faites de la notion d'analogie varièrent au cours des temps. La cause de ces modifications se trouve dans le développement de la doctrine sur la *ratio legis* qui introduisit un élément perpétuellement mobile dans l'interprétation de la loi. Nous en avons indiqué la raison plus haut : l'idée que la doctrine s'est faite de l'intention du législateur a considérablement varié au cours des âges : celle-ci fut d'abord restreinte aux termes de la loi, dans la suite, d'aucuns ont admis qu'une raison exprimée dans la loi, puis non exprimée mais unique, permettait de la présumer. Ainsi le domaine de la loi fut étendu dans des proportions considérables, et, corrélativement, celui de l'analogie fut restreint, pour finir par être anéanti pratiquement : des extensions du domaine de la loi par le procédé de l'analogie étaient tenues comme n'étant que la simple interprétation de la volonté du législateur. Plus tard, Suarez a nettement précisé jusqu'où pouvait se présumer, avec la certitude indispensable, l'intention du législateur.

La théorie était ainsi nettement établie, mais en pratique les hésitations l'avaient singulièrement obscurcie, au point que les commentateurs tenaient cette question des extensions pour l'une des plus délicates de tout le droit.

Il est indispensable de rechercher en premier lieu comment la doctrine a désigné l'opération analogique, quitte à souligner les déviations qu'elle se permettait, et les inconséquences, parfois même les contradictions, qui en résultaient. Nous examinerons ensuite quelle fut la technique de l'analogie dans l'ancien droit, puis le rôle qu'elle a joué en droit canonique. Ceci permettra de déterminer la théorie qui peut être actuellement admise sur ce point.

CHAPITRE PREMIER

La terminologie dans l'ancien droit

L'opération analogique fut désignée de plusieurs manières par les canonistes comme d'ailleurs par les civilistes. En cette matière plus strictement juridique, ils ont emprunté leurs expressions à la législation romaine, sauf le mot « analogia » lui-même, qui, bien qu'il se trouve déjà dans Isidore, n'apparaît couramment qu'au XVI^me siècle (1). Le droit romain désignait l'analogie par les expressions « processus ad similia » ou « trahere ad consequentiam » ou plus simplement par les mots « similitudo » et « extensio ». L'usage des trois premières locutions passa dans la doctrine et de là, dans la législation canonique au fur et à mesure que les commentateurs se familiarisent avec le droit romain. Par contre, le terme d'*extensio* garde toujours une certaine imprécision : au XII^me siècle et dans une partie du XIII^me, il désigne soit l'interprétation extensive, c'est-à-dire l'accroissement du domaine lui-même de la loi, soit l'analogie. A la fin du XIII^me et au début du XIV^me siècle, il marque au sens propre l'analogie et conserve subsidiairement le sens d'interprétation extensive. Aussi, faudra-t-il examiner à la suite de quelle évolution les auteurs, romanistes ou canonistes, ont été amenés à lui donner une signification propre.

§ I. — PROCESSUS AD SIMILIA, TRAHERE AD CONSCQUENTIAM, SIMILITUDO, EXTENSIO

Les premières expressions n'offrent guère de difficulté. Les expressions « processus ad similia » ou « trahere ad consequentiam » qui, au début du moins, désignent avec certitude l'analogie, se retrouvent fréquemment. Leur sens est fixé avec netteté dans les lois romaines. On les trouve notamment au titre III du Digeste dans les lois 12 ...is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere debet... 14... quod vero contra

(1) Ant. Massé. *De exercitatione*. I. n. 31. — Alb. Gentili. *De legum interpretibus*. p. 584 ; p. 631.

rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentiam..., 25 ...Nulla iuris ratio aut acquitatis benignitas petitur, ut ea... producamus ad severitatem. D'autres passages s'en rencontrent aisément aussi dans le livre L. Ces expressions paraissent chez les canonistes au fur et à mesure que se développent leurs connaissances de droit romain. Elles finissent par être sanctionnées dans des textes législatifs depuis le début du XIII^{me} siècle.

Dans le Décret et le commentaire de Gratien, l'emploi de ces termes est plutôt rare. Nous ne les avons pas trouvés dans la Somme de Paucapalea, ni dans celle de Rolandus. Rufinus, par contre, les utilise trois fois dans sa Somme. Ainsi au c. 8. C. III. q. 5. v. *unde et Loth* : il signale que des arguments peuvent être tirés de la Sainte Ecriture aussi bien d'un fait que d'une parole répréhensible (1) : de même au v. *primatus suos*, c. 8. C. VII. q. 1., il fait remarquer que certains droits peuvent être étendus même s'ils ne sont pas à la fois divins et spirituels (2). La Somme d'Etienne de Tournai aussi les mentionne plusieurs fois. A propos de la possibilité pour certains pécheurs d'accéder au sacerdoce (3), le glossateur note qu'une semblable réparation ne doit pas être étendue analogiquement. Au sujet du c. 17. C. VII. q. 1. il note que cette disposition est spéciale et qu'elle n'est pas susceptible d'être étendue (4).

Ioannes Galensis dans sa glose de la III Compilation. II. 7. c. 3. *Cum olim*, v. *in Hibernia* déclare que la citation en justice ne doit pas être faite au-delà de l'Irlande parce qu'elle est entourée par la mer (5).

Magister Silvester dans la glose de la I Compilation. II. 19. c. 10. *Cum causa*, v. *non minima*, fait remarquer qu'une coutume particulière spécialement contre la loi ne doit pas faire l'objet d'une extension (6).

Une glose anonyme emploie la même expression pour énoncer qu'un privilège ne doit pas être étendu (7).

Il en est de même pour Huguccio (8).

La glose de Ioannes Teutonicus les utilise également. Le principal

(1) J. F. Schulte. *Summa Rufini*. Ad C. III. q. 5. c. 8. *Accusatores*, v. *unde et Loth*.

(2) J. F. Schulte. *Ib.* Ad C. VII. q. 1. c. 8. *Quam periculosum*, v. *primatus suos*.

(3) J. F. Schulte. *Summa des Stephanus Tornacensis*. Ad C. I. q. 7. c. 2. *Si quis omnem*, v. *nulla tamen lex*.

(4) J. F. Schulte. *Ib.* Ad C. VII. q. 1.

(5) F. Gillmann. *Ioh. Galensis*, p. 544. Set istud ad consequentiam non est trahendum quia illa provincia undique mari magno et spatioso circumcluditur. Ad c. 3. *cum olim*. Comp. III. II. 7. (7. X. II. 14. *De doto*, v. *in Hibernia*). — Io. Gal.

(6) F. Gillmann. *Magister Silvester*. ...Hoc verum est et (consuetudo talis) non trahitur ad consequentiam. Sil. Ad c. 10. *cum causa*. Comp. I. II. 19. (8. X. II. 27. *De sent. et re iud.* v. *non minima*).

(7) H. Singer. *Beiträge*, p. 77. *Clm.* 10244. Ad C. XIII. q. 2. c. 30. *Quaesitum*, v. *sepulturam*. Vel illud est privilegium ecclesiae, ut honor ecclesiarum conservetur, unde ad consequentiam non est trahendum.

(8) Huguccio *Ferrariensis*. Ad c. 5. *Consuetudo*, D. I. ...vel de similibus ad similia est procedendum.

passage est la glose du chapitre *Consuetudo*. D. I. (1) où il expose les différents moyens de suppléer à l'insuffisance de la loi écrite. Le troisième remède indiqué est de tirer un argument d'analogie en se servant des lois.

Plus tard la glose de Bernard de Parme emploie la même expression, ainsi quand elle constate l'extension analogique d'une décision judiciaire définitive du Pape : « trahitur ad consequentiam », dit-elle (2).

Ces locutions sont enfin insérées dans les textes canoniques eux-mêmes avec le sens d'extension analogique : la règle 28 du Sexte « Quae a iure » prévoit que les dispositions exorbitantes ne sont pas susceptibles d'analogie ; de même dans la règle 74 « Quod aliuri » concernant les privilèges ; puis dans la règle 78 « In argumentum » qui restreint l'application des concessions faites par nécessité.

Leur signification est fixée dans la législation et ne connaîtra plus de modification.

Le mot « extensio » ou « interpretatio extensiva » offre beaucoup plus de difficulté. Nous verrons que sa signification est extrêmement vague et conserve toujours une certaine incertitude. Aux origines, ce vocable s'applique indifféremment à tout accroissement de la loi, que celui-ci soit fait à raison de l'intention du législateur (et alors il s'agit de l'interprétation extensive, telle que nous l'entendons actuellement) ou qu'il aille au-delà de celle-ci. Dès la fin du XIII^{ème} siècle, il signifie au sens propre analogie, c'est-à-dire extension au-delà de la volonté du législateur, mais continuera à être employé au sens actuel d'interprétation extensive.

Il nous suffira de dire quelques mots de l'emploi du terme dans les textes législatifs. Nous nous étendrons ensuite sur son usage dans la doctrine, qui semble avoir en dernière analyse précisé la signification juridique de ce vocable.

Le terme « extensio », pris en son sens juridique, ne se trouve à notre connaissance dans aucun texte du Décret, ni des cinq *Compilationes antiquae*.

La première mention que nous en trouvons faite dans les textes législatifs canoniques est dans la célèbre bulle « Super specula » (X. III. 50. *Ne clerici*. 10) d'Honorius III. Le Pape ordonne d'étendre à tous les cleres constitués en dignité ou possédant des pensions, ainsi qu'aux prêtres, une Constitution d'Alexandre III au Concile de Tours

(1) Gl. v. *cum deficit lex*.

(2) Gl. in X. II. 27. *De sent. et re iud.* 19. *In causis. v. in similibus*. Et sic patet quod sententia principis trahenda est ad consequentiam. — Voir aussi Gl. ad *prooemium Decretalium. v. in iudiciis*. — Ad c. *Significante*. 34. X. I. 3. *De rescriptis. v. non de Remensi*. — Ad c. *Sicut nobis*. 2. X. I. 10. *De supplenda negligentia praelatorum. v. nituntur*. — Ad c. *Inhaerentes* I. X. II. 7. *De iuramento calumniae. v. ad omnium ecclesiarum*. — Ad c. *Oum olim*. 19. X. III. 39. *De censibus. v. dividitur* — Ad c. *Maiores*. 3. X. III. 41. *De celebratione missarum. v. contrarium*. — Ad c. *Sane*. 9. X. V. 33. *De privilegiis. v. temerarium*.

interdisant aux religieux de suivre les cours de droit civil et de physique. Il s'agit en ce cas d'une extension analogique à d'autres personnes que celles primitivement prévues dans la loi. Le même mot est employé dans la constitution « Mandato » (X. V. 3. *De simonia*. 46) de Grégoire IX qui étend aux Abbés une disposition du Concile général du Latran portée pour les moines. Celle-ci donnait aux Evêques le pouvoir de dispenser de la simonie les moines admis dans les monastères. Un troisième texte (1), inséré dans le Sexte le contient également. Grégoire X au Concile de Lyon déclare contraire aux lois et à l'équité naturelle d'user de représailles contre les personnes d'Eglise. Il punit d'excommunication ceux qui les pratiqueraient ou les étendraient. On le voit, le sens de ce vocable est imprécis et concerne n'importe quelle extension d'un texte de loi.

§ II. — L'ÉVOLUTION DU TERME D' « EXTENSIO » JUSQU'À GARSIAS

Le mot d' « extensio » se rencontre dès les origines de la renaissance des études de droit romain. On le trouve pourtant plus rarement à cette époque que ses synonymes « processus ad similia » ou « ad consequentiam ». La raison semble en être sa signification indéterminée : il s'applique en effet à toute sorte d'ampliation quelle qu'elle soit, aussi bien à l'interprétation extensive qu'à l'analogie proprement dite. Nous décrivons l'évolution du terme, en premier lieu chez les glossateurs jusqu'à la Grande Glose, puis chez les canonistes, jusqu'à Grégoire IX, car alors seulement commence à se dessiner l'évolution de la théorie de la *ratio* qui finira par déterminer le sens du mot « extensio ». Après Ioannes Garsias, il désigne au sens propre l'analogie, mais il reste employé pour indiquer l'interprétation extensive.

Chez les Romanistes, on voit petit à petit apparaître le terme d'*extensio* sans qu'il revête une signification juridique bien accusée. Irnénius en fait mention dans deux gloses à notre connaissance (2). Dans la *Summa Codicis*, il a un sens assez vague. Au titre 14 du livre I le glossateur dit : voyons comment l'équité exerce son action dans les opérations (3). Au titre I du livre VIII où l'on serait en droit de s'attendre à le rencontrer, il n'en est pas fait mention, l'auteur se contente des expressions analogues : « porrigere ad similia » (4). Il l'emploie cependant au sens d'interprétation extensive au titre « De Sacrosanctis eccle-

(1) VI. V. 8. *De iniuriis et damno dato*. 1. *Fieri pignorationes*.

(2) G. Pescatore. *Die Glossen*. p. 90. l. *inter divinum* (23). v. *vindicatis*. triplex actio extendatur personalis ; v. *actionem finire*. si privatus ecclesiae ius suum cesserit extendetur actionis vita.

(3) H. Fitting. *Summa Codicis*. C. I. 14 *De leg*. 1. n. 1.

(4) Id. ib. C. VIII. 1. *De interdictis*. n. 7.

siis » du Livre I (1). Nous n'en avons pas trouvé trace dans les *Quaestiones de iuris subtilitatibus* ni dans l'opuscule *De aequitate*.

Vacarius l'utilise dans sa glose du titre *Quae sit longa consuetudo* au mot : « consuetudo praecedens ». Le glossateur commente : « cum consuetudo ex ratione nititur debet trahi ad similia », et il explique : « id est, extendi ad similia ». Il est ainsi question d'une extension analogique (2). Au paragraphe suivant, il en use au mot « rationem ». Le glossateur donne l'exemple d'une extension contraire à la loi : dans certaines régions, un loueur de meubles garantit le locataire contre tout dommage, suivant la coutume ; on ne peut, ajoute-t-il, étendre cette pratique aux choses données en gage contre la loi ou la raison du droit. Il précise qu'il y aurait en ce cas extension analogique : car « ce qui est admis contre la raison du droit ne peut être étendu à d'autres hypothèses » (3).

Nous n'avons trouvé dans les écrits de Bulgarus (4) que les expressions « processus ad similia, ad consequentiam ».

Placentin emploie le mot « extendere » à propos de l'extension du sénatus-consulte macédonien (5). Il s'agit ici d'une interprétation extensive, car la *ratio* est assimilée à la *mens*.

Io. Bassianus l'emploie au début du Code (6).

Accurse ne semble pas plus avoir attribué un sens déterminé au mot *extensio*, ni même en avoir usé fréquemment. Sans doute on cite souvent (7) la glose du Digeste au mot « interpretatio » (8), mais la phrase qui contient « extendere » est une addition marginale (9) et ne saurait par conséquent être attribuée avec certitude à Accurse (10). De toute manière, le sens qui lui est donné est celui de n'importe quelle étendue de la loi. On le trouve cependant au mot *Iudicium* du para-

(1) H. Fitting. *Ib.* C. I. 2. *De sacrosanctis ecclesiis*. n. 7.

(2) F. de Zulueta. *The liber pauperum*. — Ad C. VIII. 52 (53). *Quae sit longa consuetudo*. 1. v. *consuetudo praecedens*, cum consuetudo ex ratione nititur debet trahi ad similia, sc. extendi ad similia.

(3) Id. ib. 2. v. *rationem*. ...vincere igitur legem quid est ? id est trahi ad similia contra legem. Ut ecce : in quibusdam regionibus conductor in re mobili conducta ex consuetudine omne periculum praestat. Hanc non extendes ad res pignori datas nam quod contra iuris rationem receptum est non est producendum ad consequentias.

(4) Aug. Gaudentius. *Bibliotheca*. t. II. p. 195. — Bulgarus. *De regulis*.

(5) C. IV. 20. *Ad sc. Macedonianum*. 6. *Si filius tuus*. c. 1. — Notons pourtant que dans son texte même, Placentin ne semble pas se servir de ce terme. — G. Pescatore. *Beträge zur mittelalterlichen RG*. Heft. 2. Miscellen. p. 16. Placentini Summae Codicis exordium : producunt (dit-il) ut cum filii nomen ad ultiores porrigant.

(6) *Summa Azonis. In materia Codicis*, n. 3. E. Seckel. *De accusationibus*. p. 27. note 33.

(7) B. Brugi. o. c. l. IX. p. 18.

(8) Gl. ad Dig. XXXVIII. 17 (18). *Ad sc. Tertull.* 1. *Sive ingenua*. § 6. v. *interpretatione*.

(9) Gl. marg. v. *id est*.

(10) Voir dans le même sens la gl. marg. ad gl. *Ib.* I. 2. *De orig. iuris*. 1. *Fac-turus*. v. *interpretationem*. — Il n'y est plus question du mot *extendere*, et cependant la glose marginale citée plus haut note 1, page 73, y renvoie.

phe *Vi autem*. 19. des Institutes au titre « De actionibus ». Il y est question d'une extension analogique : la glose refuse d'étendre une disposition pénale au cas de rachat des captifs. Il s'agit, par contre, d'une interprétation extensive dans la glose de la loi « Non dubium » du Code (1) : Accurse admet que les termes de la loi peuvent s'étendre dans certains cas. Le commentaire de la loi « Gallus » au paragraphe « Sequenti » (2) mentionne une extension avec le sens d'une interprétation extensive faite par le juriconsulte Scévola. La glose de la loi « Si postulaverit » au titre « De adulteriis » (3) fait de même à propos d'un *dominus*.

Chez les canonistes, la même imprécision et la même dualité se retrouvent dans l'emploi du mot *extensio* jusqu'au premier tiers du XIII^{me} siècle.

Dans le Décret et les *dicta Gratiani* ne se retrouve pas ce terme au sens juridique.

Ni Paucapalea, ni Rolandus Bandinellus n'en font mention dans leur Summa. Ruffinus, par contre, l'emploie plusieurs fois, mais sans lui donner de signification juridique bien précise, ainsi dans le commentaire du chapitre 15, *Futuram*. C. 12. q. I. où il est question de calomnie (4) et dans la glose du chapitre 9. C. XXVIII. q. I. qui traite de l'extension donnée à la discussion survenue entre Saint Augustin et Pollentius (5).

Etienne de Tournai lui donne, dans les deux emplois qu'il en fait, le sens d'interprétation extensive. Ainsi, au commentaire du chapitre 15. D. XXXII. qui interdit aux clercs hérétiques de contracter mariage avec une femme d'une secte différente. Etienne étend cette disposition aux laïcs (6). De même au sujet de la D. XLIV. où il s'agit de préciser le sens à donner au mot « sobrietas » (7).

Magister Albertus fait remarquer dans sa glose de la II^e Compilation IV. 1. (X. IV. 1. *De sponsalibus*. c. 15. *Veniens*) que la nullité ipso iure d'une promesse de dot extorquée par la violence est étendue par certains à tous les contrats de bonne foi (8).

(1) Gl. ad Cod. I. 14. *De legibus et constitut.* l. 5. *Non dubium*. v. *non dubium*. quandoque extenditur verbum legis.

(2) Gl. ad Dig. XXVIII. 2. *De liberis et postumis*. 29. *Gallus*. § 13. *Sequenti*. v. *bene verba*.

(3) Gl. ad Dig. XLVIII. 5. *Ad l. Jul. de adulteriis*. 27. *Si postulaverit*. v. *serviat*. — Sur cette lex Julia. Paul. Sent. 2. 21. b. 2. *Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale praedium maritus invita uxore alienet*. — Cf. Dig. XXIII. 5. *De fundo dotali*. — Voir Ch. Maynz. t. III. p. 30. — P. F. Girard. p. 1013.

(4) J. F. Schulte. *Summa Decretorum*. Paderborn. 1902. Ad c. 15. *Futuram*. C. XII. q. 1.

(5) J. F. Schulte. *Ib.* Ad c. 9. *Sic enim*. C. XXVIII. q. 1.

(6) J. F. Schulte *Summa des Steph. Tornac*. p. 50. Ad D. XXXII. c. 15. v. *secundum alterius*.

(7) *Id. ib.* p. 63. Ad D. XLIV.

(8) F. Gillmann. *Mag. Albertus*. p. 173. note 2. Ad c. 2. Comp. II., v. *in virum constantem*. *Sic promissio dotis per vim facta nulla est ipso iure. Et hoc quidam extendunt ad omnem contractum bonae fidei.*

Tancredus lui aussi attribue au vocable un sens général d'ampliation. Ainsi, dans une glose de la I Comp. III. 8. 2. (1) (c. 1. *Multa*, X. III. 8. *De concessione*) v. *infra sex menses*, il rappelle qu'une disposition défavorable ne doit pas être étendue. Il suppose donc au moins une interprétation extensive. De même dans une glose de la III Comp. IV. 16. un. (X. IV. 21. *De secundis nuptiis*, 5. *Cum secundum*), il se demande si le bénéfice prévu par ce canon s'étend à toutes les femmes ou seulement à celles pour qui l'on craint une « *turbatio sanguinis* ». C'est encore évidemment un cas d'interprétation extensive (2). Dans la *Summa matrimonii*, le mot « *extenditur* » ne semble pas non plus avoir le sens d'extension analogique (3).

La glose de Ioannes Teutonicus utilise également ce terme en notant que les privilèges ne s'étendent pas d'une personne à l'autre (4).

Ainsi, jusque dans la première partie du XIII^{me} siècle le terme « *extensio* » ne paraît donc pas faire partie du vocabulaire juridique, ou, si cette conclusion semble téméraire, il signifie indifféremment n'importe quelle extension, qu'il s'agisse d'une analogie ou d'une interprétation extensive.

Après la rédaction de la Grande Glose et la compilation des Décrétales de Grégoire IX, cette même dualité se retrouve, mais l'évolution commence à se dessiner et finira par attribuer au mot « *extensio* » le sens propre d'analogie. La cause en est l'influence que prendra la *ratio legis*. Dès que celle-ci est admise comme principe d'interprétation, une double extension est possible : l'une étendant les termes de la loi en vertu de la pensée du législateur, l'autre étendant cette pensée elle-même, en vertu de la *ratio legis*, à une matière qui n'est pas prévue.

Odofredus emploie l'expression « *interpretatio extensiva* » à laquelle il donne le sens d'interprétation analogique. Il en parle dans son commentaire de la loi « *Quod vero* » du Digeste (5). Après avoir posé l'hypothèse d'un cas nouveau non prévu par la loi, il déclare indispensable le recours au Prince : mais si celui-ci ne peut être touché, le juge devra chercher un principe de solution parmi les cas semblables. Il se demande alors quand la loi peut admettre cette interprétation extensive. Il n'y

(1) F. Gillmann. *Ib.* p. 532. Tancredus ad c. un. Comp. III. 4. 16. v. *qui te duxerit in iacturam*.

(2) F. Gillmann. *Iohannes Galensis*, p. 493 : Est expressum (extra Alani concessione praebendae ; litteras) et hoc ideo quia in odium negligentium et subsidium ecclesiarum hoc est indultum, et odium extendi non debet. T.

(3) A. Wunderlich. *Summa matrimonii*. Tit. 35. Ista causa extendit ad fornicationis suspicionem, quod intelligo ubi adeo violenta est suspectio ut marito, illa probata, videatur etiam probata fornicatio, v. g. si probatum est quod fuerit solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto jacens loco et hora secretis et ad hoc commodis. 32. I. dixit Dominus in Evangelio.

(4) Gl. ad XVI. 1. c. *Hinc est*, v. *sigillatim*.

(5) Odofredus. *Interpretatio*. In Dig. I. 3. *De legibus*, l. 14. *Quod vero*, I. Lex quando recipiat interpretationem extensivam. — Dans le texte même pourtant, Odofredus parle simplement de « *procedere ad similia* ». Serait-ce une addition postérieure ?

a aucun doute que ce commentateur entende cette expression dans le sens d'analogie. Ce texte est d'autant plus important que c'est le premier, à notre connaissance, où il soit fait expressément mention d'une interprétation « extensive » (au sens ancien).

Innocent IV a employé également ce terme « extensio » au sens d'une extension analogique. Ainsi dans son commentaire du dernier chapitre du titre « De officio archidiaconi » : il n'est pas permis, selon lui, d'étendre la coutume contraire au droit à d'autres matières, ni à d'autres églises que celles visées dans la coutume : il repousse donc à la fois l'analogie et l'interprétation extensive (1).

Les textes de la glose de Bernard de Parme qui peuvent être apportés sont nombreux pour pouvoir être cités (2).

L'Hostiensis comprend aussi ce vocable avec cette dernière signification ; à propos du chapitre « Nil » (3), il se pose la question de savoir si la décrétale s'applique à un Evêque suffragant éloigné de l'archevêché. Il répond négativement parce que les privilèges ne peuvent être étendus.

Dynus Magellanus lui aussi utilise ce mot dans les deux sens. Dans le commentaire de la règle « Certum » (4), le sens d'interprétation et non d'analogie s'impose et dans le « Super arbore actionum » celui d'analogie (5).

§ III. — L'ANALOGIE CHEZ IOANNES GARSIAS (1287) ET SES SUCCESEURS

La notion d'identité de raison prenait un si grand développement qu'il devenait nécessaire de déterminer quelle était la limite entre l'« extensio » et la « lex ». Odofredus emploie déjà, avons-nous vu, (de premier à notre connaissance), l'expression : *interpretatio extensiva* ; il semble l'assimiler fréquemment à « *interpretatio iudiciaria* », nous n'avons pourtant pas trouvé sous sa plume une détermination plus nette. Le premier qui précisa le sens d'*extensio*, à Bologne du moins, nous semble avoir été Ioannes Garsias dans sa glose de la décrétale *Cupientes* du Pape Nicolas III. Au mot *causis electionis*, il déclare : dans ce cas, l'on ne dit pas que la loi est étendue, puisqu'elle a une raison d'être identique ou même plus forte (6).

(1) Innocentius IV. *Apparatus*. I. 23. *De off. arch.* c. 10. *Dilecto v. supra dicto*.

(2) Ainsi, gl. ad X. 29. *De off. delegati*. c. 15. *Super eo v. sed partibus*. ib. c. 32. *Cum olim v. protinus*. — Gl. ad X. I. 38. *De procurationibus*, c. 2. *Ex parte v. Idem iudicium*.

(3) Hostiensis. *Lectura*. Ad X. I. 6. *De electione*. c. 44. *Nil v. concordia*.

(4) Dynus Mugellanus. *De regulis iuris*. R. *Certum*. Cum mens nil aliud sit quam ratio quae legislatorem movit, tunc verba legis non extenduntur nisi ad eum casum ad quem extenditur ratio.

(5) Idem. o. c. col. 3. *Nona divisio... de quadam aequitate extensiva*.

(6) Suivant Albericus de Rosate. In Dig. L. 17. *De reg. iuris*. Quae propter necessitatem. n. 1. Cf. p. 45. n. 3.

De son côté, Jacques de Révigny précise la signification propre de l'« extensio ». Il remarque, en effet, que là où se trouve une *ratio* identique, il n'y a pas *extensio*, c'est-à-dire aucune analogie : la loi elle-même s'applique. Il n'insiste pourtant pas assez sur ce point pour que la doctrine puisse être tenue comme fermement établie (1). D'autre part, dans le commentaire de la loi « Praeses », il conserve à ce terme le sens d'interprétation extensive (2). « Extensio » en arrive ainsi à faire partie du vocabulaire juridique ; et, à cause de l'influence de la théorie de la *ratio* sur l'interprétation, à être réservée à l'extension au delà du domaine prévu par le législateur.

Au chapitre « Saepe » du Sexte, Jean d'André est aussi explicite sur ce point que l'avaient été Garsias et Jacques de Révigny. Il demande si cette Décrétale peut être appliquée aux Italiens. Elle ne concernait que les Ultramontains qui viennent se faire ordonner en Italie : le Pape défend aux Evêques italiens de conférer les ordres sacrés à ceux qui viennent d'au delà les Alpes, sans une permission spéciale du Saint-Siège ou des lettres patentes de leur Evêque propre. Jean d'André propose une réponse affirmative en invoquant l'identité de raison : dans un cas comme dans l'autre, les postulants peuvent cacher leur indignité, et la glose ajoute : là où il existe l'identité de raison, nous ne disons pas à proprement parler « étendre » puisqu'il n'y a pas extension quand une disposition est résolue en vertu de l'esprit de la loi (3). Il continue : parce qu'il s'agit d'une loi pénale, les peines sont dites étendues quand elles sont appliquées à un cas qui n'est pas tout-à-fait semblable. Il oppose ainsi nettement l'interprétation extensive à l'analogie : dans le premier cas, celui d'un cas tout-à-fait semblable à cause de l'identité de raison, c'est la loi elle-même qui intervient ; quand il y a seulement analogie, il n'y a pas de loi, mais extension de la loi.

Mais à côté du sens propre que Jean d'André reconnaissait au terme « extensio », il lui conservait le sens d'interprétation extensive que la tradition lui avait attribué (4). Néanmoins, cette dernière signification est secondaire ; comme il le dit expressément au chapitre « Saepe », « extensio » désigne au sens propre « propre » l'analogie.

La même doctrine se trouve chez Guy de Baysio (5) dans son commentaire au *De Poenitentia*.

(Cynus est encore plus explicite, suivant C'epolla. Il définit l'exten-

(1) Suivant I. Bertachini. V° Extensio, p. 342. Extensio non dicitur fieri ubi eadem ratio est. Pe. et Cy. in l. iura. Dig. I. 3. De leg.

(2) Petrus de Bellapertica. In Dig. Ad l. Praeses. 1. Quae sit longa consuetudo. VIII. 53. ...unde est argumentum quod liceat extendere rationem legis scilicet ubi est eadem ratio legis ista extendatur.

(3) Io. Andreae. Gl. ad XI. I. 9. De temporibus ordinationum. 1. Saepe. v. Italicae.

(4) Io. Andreae. Mercuriales. R. Pro possessore. n. 9.

(5) Archidiaconus. Rosarium. De Poenitentia. c. 18. Poenae. ...non tamen proprie extendere dicimus.

sion : « quaedam progressio de termino ad terminum per adaequationem seu paritatem », ce qui est bien la définition de l'analogie. Le sens premier de ce terme paraît donc désormais bien établi (1). Il avait d'ailleurs dit après Pierre de Belleperche : là où il y a identité de raison, il n'y a pas extension (2). Il emploie ainsi ce terme avec le sens très net d'extension analogique ; par exemple dans le commentaire de la loi « Praeses » (3). On retrouve cependant sous sa plume l'autre signification d'interprétation extensive pour identité de raison notamment dans ses explications sur la loi « Non dubium » (4).

Jacobus Butrigarius, peu après, oppose dans son commentaire à la loi « Dubium » l'interprétation déclarative à l'interprétation extensive (5). C'est le premier auteur, à notre connaissance, qui formule cette distinction, quoique les éléments, on l'a vu, s'en retrouvent dès le XIII^e siècle.

Bartole ne précise pas aussi nettement les deux significations de l'extension. On peut cependant inférer qu'il n'abandonne pas la doctrine à raison de la solution qu'il donne au problème de l'extension des statuts (6). Il parle un peu plus explicitement au sujet de la loi « Si constante » (7). Il garde toujours le sens d'interprétation extensive (8), par exemple dans son commentaire sur les interdits au début du livre VIII du Code (9), et lorsqu'il examine si une sentence judiciaire peut être étendue (10). Toutefois, aucune affirmation bien claire sur le sens d'« extensio ».

Bellamera entend aussi ce terme dans les deux sens, sans plus préciser, que nous sachions, quelle est la signification principale. A propos de l'application de la transaction jurée à n'importe quel contrat (11), il donne une réponse négative, parce que la raison n'est pas identique de part et d'autre. Dans ce texte, il commence par prendre l'extension au sens analogique, puis il l'entend au sens interprétatif.

Chez Balde, au contraire, la doctrine se retrouve avec une grande

(1) B. Cepolla. *De extensiva*. I. n. 158.

(2) Cf. note 1. p. 105.

(3) Cynus. *Ad Codicem*. Ad. C. VIII. 53. *Quae sit longa consuetudo*. 1. *Praeses*. n. 6 s. ...aut introducta contra rationem et tunc...

(4) Id. ib. *De interdictis*. 1. statutum praetoris per rationis identitatem interpretationem acquirit extensivam.

(5) Iac. Butrigarius, *Lectura*. I. 14. *Non dubium*. ...Et haec extensio appellatur interpretativa extensio et non caderet in statuto... haec restrictio appellatur interpretatio declarativa quia bene cadit in statuto.

(6) Bartolus. *In Digestum*. Ad Dig. XXVIII. *De lib. et post.* 29. *Gallus*. § 14. *Videndum*. n. 4. — Ad Dig. XLV. 1. *De verborum obligationibus*. l. 108. *A Titio*. non est nostrum extendere legem.

(7) Id. *Ib.* *In Dig.* XXIV. 3. *Solutio matrimonio*. l. 24. *Si constante*. n. 43.

(8) Id. ib. § 15. *Ille casus*. n. 1.

(9) Bartolus. *In Codicem*. Ad. l. 1. *Cum proponas*. Cod VIII. *De interd.* 1. n. 1.

(10) Id. *Ib.* *In Dig.* XLIX I. *De appellationibus*. l. 4. *Ab executore*. n. 7. quandoque interpretatio ponitur pro extensione, et... non potest facere.

(11) Aegidius Bellamera. Ad. X. II. 24. *De iureiurando*. c. 10. *Querelam*. n. 7.

netteté. Il affirme l'identité de la *ratio* avec la loi : dans ce cas, dit-il, on ne parle pas d'extension, c'est la loi même qui s'applique (1). Il soutient un point de vue identique au sujet de la loi « *Quamvis* » : quand la loi n'a qu'une seule *ratio*, il s'agit non de l'« *interpretatio extensiva* » (2) (nous dirions analogique), mais de l'interprétation intellectuelle, déclarative ou compréhensive. En ce cas, sans aucun doute, il entend l'interprétation extensive dans son sens propre. Subsidiairement cependant, il conserve au terme le sens non plus analogique, mais interprétatif (3), ainsi à propos de l'extension des interdits.

Antonius de Butrio semble rejeter cette doctrine. Au Chapitre I du *De rescriptis*, il reproche à Jean de Legnano d'affirmer qu'il n'y a pas extension là où se retrouve la même raison absolument identique : cette position est fautive, dit-il (4). Petrus de Ancharano reprend la doctrine de Jean d'André notamment dans le commentaire du chapitre « *Saepe* » (5). La loi, dit-il, n'est pas étendue quand la ressemblance des cas est absolument identique, par conséquent, une loi même pénale englobe le cas où se vérifie une raison identique. Ensuite, le Cardinal Zabarella soutient la même théorie (6). De même Dominicus a Sancto Geminiano (7). Le Panormitan fait de même au chapitre *Nil*, à propos de l'interprétation extensive d'une disposition correctrice (8) antérieure. Felinus Sandaeus suit le même courant au chapitre « *Super questionem* » (9). Quand à Cepolla, qui traite ex professo la question des extensions, il donne une définition de l'extension qui exclut toute ambiguïté : elle est le passage légitime d'une disposition exprimée à un cas non résolu (10). Il réserve le nom d'interprétation compréhensive à celle qui est basée sur l'intention du législateur (11). Gambarrus déclare qu'elle est la doctrine commune de son temps (12).

Pour Suarez enfin, il y a analogie quand il y a extension d'une loi pour similitude ou identité de raison, sans que l'on puisse déterminer

(1) Baldus. *In Digestum*, I. 3. *De leg.* 32. *De quibus*, n. 105.

(2) Id. *In Codicem*, Ad C. VI. 42. *De fideicommissis*, 15. *Quamvis*, n. 1. — Cf. C. I. 2. *De sacros. ecclesiis*, 16. *Illud*, n. 6.

(3) Baldus. *In Cod.* Ad. l. 1. *Cum proponas*, C. VIII, n. 1. ?

(4) Ant. de Butrio. *In Sextum librum Decretalium*, Ad VI. I. 3. *De rescriptis*, 3. *Dispendia*, n. 19.

(5) Petrus de Ancharano. *Super Sexto*, Ad VI°. I. *De temporibus ordinationum*, c. 1. *Saepe*, § *Circa hoc*.

(6) Zabarella. *In Cle.* I. 3. *De electione*, 1. *Cum rationi*, n. 8.

(7) Dominicus a Sancto Geminiano. *In VIum*, V. 7. *De privilegiis*, c. 10. *Si Papa*, n. 2 s.

(8) Panormitanus. *Super quinque libris decretalium*, Ad X. I. 6. *De electione*, 44. *Nil*, n. 9.

(9) Felinus Sandaeus. *In quinque libris Decretalium*, In X. I. 29. *De off. deleg.* c. 27. *Super quaestionem*, n. 12.

(10) B. Cepolla. *De interpretatione*, I. n. 6. *Extensio est progressio iusta de disposito expresso ad non expressum*. — Il cite aussi Decianus, L. III. Cons. 114. *Similitudo est recta adaptatio et processio de uno particulari ad aliud pro aliquo quod est commune utrique*.

(11) B. Cepolla. *Ib.* I. n. 79 sq.

(12) P. A. Gammarus. *De extensionibus*, n. 90.

avec certitude la solution voulue par le législateur : ce dernier n'a pas prévu le cas, une loi peut s'y appliquer, mais rien ne permet d'affirmer qu'elle le doive (1). Il détermine ainsi la limite qui sépare le domaine de la loi de celui de l'analogie : dans le premier cas, le juge recherche l'intention du législateur, dans le second, il n'y a plus à proprement parler interprétation, le juge se sert tout uniment de la loi comme d'un critère de vérité et de justice, comme un moyen de rattacher sa solution à l'ordre juridique existant. La doctrine paraît dès lors, fermement assise. *Extensio* désigne au sens propre l'analogie. Souvent cependant, il faut le noter, les auteurs emploieront ce terme pour n'importe quelle extension, en vertu de l'intention, soit expresse, soit présumée du législateur. Le seul moyen de discrimination consiste alors à examiner si le cas proposé est un cas d'analogie ou d'interprétation extensive.

Les successeurs de Suarez (2) reprennent cette théorie avec des modalités suivant que leur système d'interprétation part des termes ou de l'esprit de la loi. Pour les uns, il y a « *interpretatio extensiva* » quand il y a extension au delà des termes seulement de la loi. Pour les autres, l'« *interpretatio extensiva* » se confond avec l'analogie puisqu'il y a extension au delà de la pensée présumée du législateur.

Schulte (3), parmi ces derniers, fait remarquer qu'en ce cas le mot « interprétation » est mal choisi, puisqu'il ne saurait y avoir interprétation d'une loi ou d'une volonté qui n'existe pas. Aussi, vaut-il mieux réserver à l'extension d'une loi au delà de la volonté du législateur le vocable d'analogie qui répond seul à la réalité et ne prête pas à l'équivoque comme l'expression « *interpretatio extensiva* ».

La terminologie n'était pas suffisamment fixée dans l'ancien droit pour que l'on puisse se fier aux étiquettes placées par les docteurs. Sans doute les expressions « *processus ad similia, ad consequentiam* » et « *extensio* » indiquent au sens propre l'analogie, mais les cas où ils sont employés dans un sens différent sont trop fréquents pour qu'il puisse leur être attaché avec le caractère de certitude requis par la science. Il faudra vérifier chaque fois si le raisonnement suppose la volonté du législateur ou cherche à l'étendre.

(1) F. Suarez. *De legibus*. L. VI. c. 3. n. 10.

(2) H. I. Feyer. n. 191. — Cf. plus haut p. 65, note 4.

(3) J. F. Schulte. *Das kath. KR.* I. p. 257, note 5.

CHAPITRE II

La théorie de l'analogie dans l'ancien droit

Plusieurs appellations ont ainsi désigné l'analogie, mais l'opération reste toujours la même dans ses traits généraux. Ce n'est d'ailleurs pas à dire que le canonistes aient négligé d'en perfectionner la technique ; bien au contraire, ils ont insisté sur son élément essentiel, la similitude ou mieux sur l'identité des deux cas particuliers rapprochés.

Qu'est, en effet l'analogie, sinon l'extension d'une disposition légale à un cas particulier non prévu, mais semblable, non point en vertu de l'intention du législateur mais en raison de l'équité.

Pour bien mettre en relief cette théorie, nous examinerons successivement chacun des éléments de l'analogie telle que la pratiquaient les anciens : l'extension, la similitude ou l'identité en sont les éléments essentiels ; l'équité lui sert de base ; celle-ci entraîne des conséquences en matière de dispositions correctives, exorbitantes ou pénales.

§ I. — LE CARACTÈRE EXTENSIF DE L'ANALOGIE

Ce point n'offre aucune difficulté, tant il est évident. Cependant si toute analogie suppose une extension, toute extension n'est pas une analogie, mais celle-là seule qui est faite au delà des termes et de la volonté du législateur. Il faut aussi remarquer qu'il s'agit de l'extension d'une disposition légale d'un cas particulier à un autre cas particulier. Ces deux points demandent quelques observations.

D'abord la disposition légale qu'il s'agit d'étendre peut être une loi ou un principe de droit. Dans le premier cas, il y a « *analogia legis* », dans le second « *analogia iuris* » (1). Dans le premier cas, la solution légale d'un cas particulier est étendue à un autre cas particu-

(1) Sur la distinction d'analogie de droit et de la loi, voir F. Zoll dans *Mélanges Gény*. Paris, 1934. p. 444 s. Il nous semble plutôt que la seule différence entre l'une et l'autre analogie consiste dans l'extension d'une disposition légale ou d'un principe de droit à un point non prévu.

lier non prévu dans la loi, dans le second, la solution légale dégagée de plusieurs matières semblables est étendue à un cas particulier dans une matière différente et non prévu dans la loi.

Cette distinction a semblé inutile (1). Mais la question précise n'est pas là, elle est de savoir s'il est possible d'assimiler ces deux analogies, si elles sont identiques. Elles ne le sont évidemment pas. Leur processus est tout différent : dans un cas, c'est un double processus d'induction, puis de déduction, dans l'autre, il y a une induction incomplète suivie d'une inférence ; l'analogie consiste dans cette dernière opération, elle part d'un point particulier pour s'appliquer à un autre point particulier.

Les commentateurs marquaient déjà cette différence en distinguant la *similitudo facti* et la *similitudo iuris* (2).

§ II. — IDENTITÉ OU SIMILITUDE

L'analogie, en second lieu, suppose une similitude ; celle-ci en est la raison première, l'élément le plus délicat. En effet, l'extension d'une hypothèse prévue par la loi à une autre hypothèse particulière non prévue peut se faire pour deux raisons, ou bien à cause d'une simple ressemblance entre les deux cas envisagés, ou bien aussi à cause de l'identité ou de la similitude de la *ratio legis*, c'est-à-dire de la fin dans les deux hypothèses. L'analogie toute entière est fondée sur une ressemblance : nous verrons d'abord quelques exemples authentiques de ce mode de raisonnement, puis les conditions imposées par les canonistes à ce caractère essentiel de l'opération analogique, enfin la valeur qui lui était attribuée.

Pour mieux préciser cette notion, nous étudierons quelques exemples rapportés par les commentateurs (3).

Après le canon 24 de la 1^{re} Cause à la 1^{re} question, Gratien rapporte l'assimilation que faisaient certains simoniaques pour excuser leur crime : comme le Christ, au moment où il était vendu, guérit l'oreille de Malchus, ainsi le Saint-Esprit peut être vendu et néanmoins accorder sa grâce. Dans cet argument la seule similitude invoquée est celle des deux faits.

Un exemple d'extension pour identité de la *ratio legis* se trouve dans la décrétale « Cum dilecta » (X. II. 30. *De confirmatione utili vel inutili*, c. 4). Le Pape Innocent III étend par voie d'analogie une disposition du droit romain en matière de témoignage. La Nouvelle 90 admet-

(1) Nguyen Huy Man, o. c. p. 165 s.

(2) Suivant B. Brugi, *L'argomento*, p. 606. — Cette affirmation nous semble discutable, au moins quant aux termes employés.

(3) P. A. Gammarus, *De extensionibus*, n. 84. — E. Pirhing, o. c. L. IV, t. 2, § 3. Ass. 17.

taut le témoignage en justice même avant la *litis contestatio*, c'est-à-dire avant l'ouverture du procès (1). Le but de cette disposition était d'éviter que le témoignage se perde et de soustraire le témoin aux influences qui auraient pu l'amener à modifier son attestation et en altérer le contenu. Le droit canonique prend d'ailleurs une disposition identique et pour les mêmes raisons au titre « De testibus cogendis » (X. II. 21. c. 4). Le Pape invoquant cette disposition de la loi civile l'étend en matière de preuve des privilèges. Il est permis de reproduire le texte des privilèges expédiés sur papier et de ce fait exposés à périr avant le temps. Le but de part et d'autre est identique : assurer la conservation d'actes de la vie juridique ; les objets sont différents, d'un côté les témoignages, de l'autre les écrits. La raison est identique : elle conserve la valeur juridique aux uns et aux autres. L'identité de raison est la base de l'extension.

L'assimilation entre deux cas peut cependant aussi n'être fondée que sur une simple similitude de raison. Ce sera le cas surtout à partir du XIV^{me} siècle, car, à cette époque, les commentateurs, au cas d'identité de raison, invoquaient non l'analogie, mais la volonté du législateur. Gambarus donne comme exemple la décrétale « Auctoritate » de Boniface VIII (In VI^o III. 7. *De concessione praebendae*, c. 7.).

On ne manquera pas d'être frappé par la faiblesse de ce raisonnement. On avait proposé au Pape le doute suivant : dans une église, trois ecclésiastiques ont un droit d'expectative sur des prébendes canoniales ; l'un tient son droit de Martin V, le second et le troisième de Boniface VIII, mais ce dernier avec une clause de préférence à l'égard de tous ceux qui ne tiennent pas leur droit de Boniface VIII. Dans quel ordre leur sera-t-il permis d'exercer leur droit ? Le Pape, après avoir invoqué un argument tiré du texte du rescrit, justifie sa décision par un argument d'analogie tiré de la matière des successions : quelqu'un meurt ab intestat laissant trois héritiers : le père, mais il a été adopté et est ainsi passé dans une autre famille, sa mère et un agnat. Normalement, le père exclut la mère, mais, à raison de l'adoption, l'agnat élimine le père ; comme, d'autre part, la mère précède l'agnat, la mère élimine le père, non à titre de mère, mais à celui d'agnate. Dans ce cas, l'analogie paraît tout-à-fait superficielle : elle ne porte que sur un point, la possibilité d'intervenir l'ordre des ayants droit.

Un malfaiteur traduit devant un juge laïc invoque le privilège de clergie ; à qui appartient-il de connaître du crime commis : au juge ecclésiastique ou au tribunal civil ? Le Pape répond : au tribunal ecclésiastique. Si le criminel appartient notoirement au clergé, il doit être immédiatement traduit devant les juges ecclésiastiques sans même qu'il soit besoin d'établir autrement sa qualité de clerc.

(1) Auth. *De testibus*. Coll. VII. § *quoniam multae* ; § *hacc vero*.

Le Pape étend ainsi la solution du droit romain au sujet de l'ingénu. Quand l'adversaire prétend que le coupable est affranchi, la preuve lui incombe. La même solution était donnée par la loi « Praeses » en matière de recel d'esclaves : le plaignant doit prouver que l'esclave est sa propriété avant que le juge puisse connaître du crime de recel.

Dans ce cas, il y a lieu à analogie pour similitude de raison. La situation juridique d'un individu est celle qui apparaît au moment de son arrestation, tant que le contraire n'aura pas été prouvé ; à celui qui conteste incombe la charge de la preuve. Comme une raison semblable milite dans le cas proposé au Pape, il lui donne une solution semblable.

Le chapitre « Omnis utriusque sexus » au titre « De poenitentiis et remissionibus » (X. V. 38. 12) fournit aux commentateurs une occasion d'étendre une loi pour similitude de raison (1). D'après ce chapitre, tout fidèle est tenu de se confesser chaque année au « sacerdos proprius » ; s'il veut s'adresser à un autre prêtre, il doit en demander l'autorisation à son curé. L'opinion commune exige le consentement de celui-ci, même s'il n'est pas prêtre. Cette solution fut étendue par la doctrine au prêtre assistant au mariage après que le Concile de Trente, au décret « Tametsi », eut exigé la présence du propre curé. Ici encore, il n'y a qu'une similitude de raison entre les deux cas, non identité, parce qu'il ne s'agit pas d'un pouvoir identique.

Dans ces exemples empruntés aux commentateurs, l'élément de similitude se présente d'une manière bien différente. Dans le premier cas, il n'y a aucune identité de fin, mais seulement deux situations semblables ; dans le second, la *ratio legis* est identique en chacune des hypothèses ; dans les deux suivants, l'analogie est évidemment beaucoup plus faible ; pour le cinquième, elle paraît suffisante.

Les conditions exigées par les canonistes pour qu'il y ait similitude suffisante à légitimer l'opération analogique, ont concerné d'abord la ressemblance elle-même des termes à comparer, qu'elle soit le résultat de qualités semblables dans les deux objets ou de l'identité de la *ratio legis* dans les deux cas. Plus tard, inconsciemment peut-être, en raison de l'évolution de la doctrine sur la *ratio*, ils n'ont plus exigé une identité, mais une simple similitude.

Qu'une ressemblance doive exister, aucun doute. Mais que cette ressemblance doive être absolue, cela peut paraître bien strict. Les canonistes insistent pourtant sur cette exigence. L'Abbas antiquus réclame une ressemblance entière « quoad omnia », dit-il (2). Il invoque le

(1) E. Pirhing. L. IV. t. 3. § 3. Ass. 17.

(2) Abbas antiquus. *Lectura*. In X. I. 2. *De Constitutionibus*. c. 3. *Translatio*. v. *Lex et sacerdotium*.

canon « Nuptiarum » (C. XXVII. q. I. 41). Dans ce passage tiré du « De bono viduitatis », saint Augustin condamne la séparation de personnes qui ont prononcé des vœux ; certains les avaient admis ; Augustin leur reproche de s'être laissé tromper par un semblant de vérité (1). Ainsi, l'Abbas approuve l'extension faite dans le chapitre « Translato » (X. I. 2. De const. c. 3). Le Sacerdoce et la Loi, sont, en effet, remarquables, semblables en quatre points : quant au lieu de l'institution, quant au fondateur, à l'époque de l'établissement, et à la disposition (2). Le glossateur ajoutait : ce raisonnement est exact, car les deux choses se ressemblent en tout. Du moment qu'une dissemblance existe, la règle d'assimilation disparaît.

L'Hostiensis paraît se montrer plus large et trouver abusive une pareille condition : il admet qu'une dissemblance puisse exister à moins que l'adversaire n'en administre la preuve (3), parce que la raison peut et doit en être donnée (4), si elle existe.

Jean d'André partage la manière de voir de l'Hostiensis : il faut une ressemblance expresse, et la règle cesse lorsqu'on remarque une dissemblance. Il apporte comme preuve (5), outre les arguments de l'Abbas, des raisons tirées du droit romain (6). Il fait cependant ailleurs une restriction en se basant sur la définition de l'analogie donnée par Boèce : « Similitudo est rerum singularium vel differentium comparatio ». En conséquence, selon lui, il n'est pas requis qu'il y ait ressemblance absolue entre les deux hypothèses, mais seulement sur le terme de comparaison (7).

Pour Balde, l'analogie suppose une qualité qui peut présenter une différence, mais doit être identique pour le reste (8).

Quant au Panormitan, il insiste encore sur la nécessité de la ressemblance quant au terme de comparaison. Il ne suffit pas de choisir une comparaison comme il était admis auparavant, en laissant à l'adversaire le soin de découvrir et de prouver une différence, encore faut-il que celui qui use de l'analogie prouve lui-même cette ressemblance. Un argument bien simple corrobore cette exigence : il ne faut pas croire aveuglément à toute parole d'un logicien. Il précise, en outre, que la dif-

(1) Après les glossateurs. Ainsi dans la *Collectio Bambergensis*. P. II. (101), ...ut, si ratio diversitatis inveniri possit, non debeat lex scripta ad novum negocium trahi. — Cette collection a été publiée par E. Seckel. *Distinctiones glossatorum*. (*Festschrift v. Marwitz*).

(2) Abbas antiquus, *Lectura*. In X. I. 2. De Const. c. 3. *Translato*. v. *Lex et sacerdotium*.

(3) Hostiensis. *Lectura*. n. X. I. 7. De translatione praelatorum. c. 2. *Inter corporalia*. v. *similitudinem*. — X. I. 6. De electione. c. 54. *Dudum*. v. *iudicium*.

(4) Idem. ib. In X. I. 3. De rescriptis, c. 5. *Si quando*. v. *rationabilem*.

(5) Io. Andreae. In V. II. *Decret*. In prooemio. X. v. *similitudinem*. n. 25. — X. I. 2. De constitutionibus. c. 3. *Translato*. n. 13.

(6) Dig. IX. 2. *Ad legem Aquilianam*. l. 32. *Illud*.

(7) Io. Andreae. o. c. ib.

(8) Baldus. cf. plus haut p. 107.

férence possible entre les deux hypothèques assimilées ne doit pas se trouver dans le point lui-même choisi comme terme de comparaison (1).

Felinus Sandaeus rapporte sans modifications la doctrine de Jean d'André (2).

Massé, étudiant la question ex professo, insiste de nouveau sur ce sujet. Il commence par admettre qu'une entière similitude ne saurait être requise. Mais il est absolument indispensable que sur le point de comparaison lui-même, il n'y ait aucune divergence. Presque tous les docteurs, ajoute-t-il, sont d'accord pour reconnaître la valeur de l'analogie ; il n'insiste toutefois pas sur la restriction (3). Il termine en soulignant la difficulté de trouver la véritable raison de droit qui seule légitime entièrement l'analogie. Dans la suite, la doctrine n'apportera plus aucune autre précision à la théorie, et Reiffenstuel, par exemple, se contente de rappeler les points déjà établis, tout particulièrement ceux qui concernent le terme de comparaison et la ressemblance exigée sur le point de similitude allégué (4).

Cette insistance des commentateurs sur le point de ressemblance a encore été fortifiée par les précisions, involontaires, cette fois, apportées par la doctrine. Elles viennent de l'évolution suivie par le terme de comparaison dont l'appréciation a, historiquement, varié dans une certaine mesure, et passe d'une simple qualité à la raison d'être de celle-ci.

Aux origines, les auteurs se contentent d'une simple qualité comme point de comparaison. Il suffit de feuilleter les premiers glossateurs pour s'en rendre compte. Mais à partir du moment où la *ratio* commence à jouer un rôle, c'est elle qui attire la doctrine en raison de son importance pour les hypothèses en présence : la fin est la principale des circonstances et celle qui jouit de la plus grande considération dans l'appréciation d'un acte.

Au XIV^{me} siècle, l'accroissement du domaine de la loi, grâce à la théorie de l'identité de raison, restreint l'analogie à l'emploi de la similitude de raison, qui, on l'a vu, est très imprécise (5).

A partir du XVII^{me} siècle, la doctrine redevient plus stricte sur l'étendue d'application de la loi, et si Suarez considérait encore l'*identitas rationis* comme un motif d'application de la règle légale elle-même, les canonistes postérieurs en restreignent l'usage légal à certains cas déterminés qu'il aurait été absurde de ne pas admettre.

(1) Panormitanus. In X. I. 2. *De constit.* 3. *Translatio*. n. 3. ...habet hoc prebare saltem colorate... debet esse similitudo in eo ad quod fit comparatio.

(2) Felinus Sandaeus. In V. II. *Decretalium*. In X. I. 2. *De constit.* c. 3. *Translatio*. nn. 9 s.

(3) Ant. Massé. *De exercitatione*. II. n. 54. — III. n. 72.

(4) A. Reiffenstuel. L. I. tit. 2. § XVI. n. 413.

(5) P. A. Gammarus. *De extensionibus*. n. 90. Posset quis defendere quod etiam dicatur processus a simili ubi casus trahitur ad casum ex rationis identitate, ut tenet Innocentius in c. *Dilectus* in principio. Extra. De renunciatione.

Après une évolution de plusieurs siècles, la théorie du XIII^{me} siècle était ainsi remise en honneur ; il y eut de nouveau analogie pour identité de raison. La *ratio legis* était jugée trop imprécise pour entraîner avec soi tout le cortège des sanctions juridiques attachées à la loi. Elle pouvait cependant au moins provoquer, et à juste titre d'ailleurs, l'extension de la disposition légale elle-même. En raison de la connexion intime qui unit la loi à sa cause finale, à sa *ratio*, c'est la réalité même, peut-on dire, et non plus seulement le raisonnement qui postule et exige une telle extension. Ainsi, les conditions requises par les canonistes sont assez strictes. Elles se comprennent car de leur réalisation dépend la valeur qu'il reconnaissent à l'opération analogique.

Cette valeur varie en effet suivant le terme de comparaison découvert. Il suffit de rappeler le but de l'analogie pour le comprendre. Elle est employée pour permettre au juge de résoudre un cas non prévu par le législateur. Le juge doit donc résoudre l'hypothèse comme le ferait le législateur, c'est-à-dire avec vérité et justice. Il cherchera les éléments de solution dans le droit positif, parce qu'en intégrant sa décision dans le cadre juridique existant, il a le plus de chances d'obtenir le résultat désiré : une sentence juste et vraie. Plus, par conséquent, la ressemblance entre le cas posé et celui qu'il découvrira dans la législation sera grande, plus il sera proche de la vérité. On comprend que les canonistes aient tant insisté sur la ressemblance requise.

Or, de tous les éléments susceptibles d'accroître cette similitude, la fin est certes le plus fort et le plus intéressant (1). Si l'on peut donc découvrir une identité de fin, la plus grande approximation possible sera obtenue. L'analogie qui se légitime le mieux est ainsi celle qui est fondée sur l'identité de raison : si d'un côté et de l'autre existe la même fin, une solution identique est la plus vraisemblable et la moins discutable.

Si seule une fin semblable, et non plus identique, peut être découverte, l'argumentation sera plus faible. Cette conséquence se comprend aisément ; sans doute, la fin est l'élément capital de tout acte, néanmoins, la dissemblance croît en proportion des différences rencontrées dans cette fin, et si elles n'offrent entre elles que similitude ou parité et non identité, la solution sera moins précise, et perdra par conséquent, d'autant plus en vérité et en justesse que les fins seront seulement semblables.

Les solutions adoptées en raison d'une identité de fins seront ainsi préférables à toute autre. Si cette identité ne peut être prouvée, mieux vaudra s'en tenir à une ressemblance purement matérielle. Les docteurs notent toutefois la faiblesse d'un tel argument et son peu de valeur : il

(1) F. Van der Eycken, p. 56, n. 25 ; p. 53-57, nn. 23-25. — F. Génv, *Méthode*. II, p. 280

suffit qu'une différence existe sur le point de comparaison pour le mettre à néant (1). Il n'y faudra donc avoir recours qu'à défaut de tout autre moyen de résoudre l'hypothèse donnée.

L'analogie par identité de raison est la meilleure ; une simple ressemblance peut ensuite être admise comme pis-aller ; quant à l'analogie pour similitude de raison, quoique l'ancien droit ait reconnu sa légitimité, les réserves dont il l'entourait indiquent assez la méfiance à son égard.

Tout ce travail de la doctrine, tant conscient qu'inconscient est légitimé par l'importance de cet élément de ressemblance dans l'opération analogique. Elle est le véritable élément objectif sur lequel s'appuie la certitude de ce raisonnement : aussi ne saurait-il être précisé avec trop d'exactitude. S'il est négligé, si la ressemblance envisagée est purement apparente, elle n'est plus qu'une pure opération logique. Mais la logique n'est faite que pour la réalité, pour la vérité : tous ses points d'attache avec la vie doivent donc être vérifiés et nettement établis ; c'est à cette condition seulement que se réalise sa fin. Un raisonnement en l'air et qui ne peut aboutir à aucun résultat sérieux n'est qu'une machine qui tourne, mais à vide. Aussi n'insistera-t-on jamais trop pour éviter déviation semblable, surtout quand les conséquences peuvent en être graves pour les membres de la société.

§ III. — LA PLUS GRANDE RESSEMBLANCE S'IMPOSE

Entre plusieurs ressemblances, ajoute l'Ecole, la plus grande doit être préférée. Il peut y avoir dans tout le corps du Droit plusieurs solutions possibles. Comment se fait-il que telle similitude soit choisie plutôt que telle autre ? pourquoi les canonistes disent-ils : il faut choisir entre plusieurs similitudes celle qui est la plus grande ?

Dans l'exemple donné plus haut du chapitre « Cum dilecta », pourquoi le Pape a-t-il choisi l'assimilation à la loi sur les témoignages ? la *ratio* de sa solution ne pouvait-elle être mise en rapport avec une autre *ratio legis* semblable autre que celle concernant la conservation des témoignages ?

La réponse ressort de ce que disait Gammarus au sujet de la *ratio legis* : il y a une raison pour laquelle telle solution a été choisie par le législateur plutôt que telle autre, une raison pour laquelle cette *ratio legis* a été sanctionnée par telle disposition légale de préférence à telle autre. Le législateur ne se dirige pas en effet avec une entière liberté : il a choisi cette solution, parce qu'elle cadre mieux avec la situation générale, parce qu'elle convient mieux aux circonstances, à l'ensemble de la situation juridique (2).

(1) A. Reiffenstuel. *Ib.* n. 414.

(2) P. A. Gammarus. *Ib.* n. 15, s. — Dans le même sens A. Massé. *Ib.* n. 41 s. — F. Gény. *Méthode*. II. n. 165.

Le juge procédera de la même manière : entre toutes les dispositions légales semblables sur lesquelles son choix peut porter, il en est une qui s'approche le plus de l'hypothèse à résoudre, bien mieux, qui exige cette solution plutôt que cette autre. Ainsi, cette ressemblance entre les deux hypothèses, cette identité de *ratio*, *ratio legis* d'une part, *ratio solutionis* d'autre part, vient d'une *ratio iuris* plus profonde encore. Cette *ratio iuris* exige l'assimilation et, en conséquence, l'identité de solution. En vertu de cette *ratio iuris*, de ce principe juridique caché, implicitement admis par le législateur, l'hypothèse semblable devant laquelle se trouve le juge exige cette solution plutôt que telle autre.

Ainsi, le juge opérera de la même manière que le législateur. Ce dernier en portant une disposition légale choisit celle qui est le mieux adaptée à la *ratio legis* qu'il poursuit. Cette qualité, cette raison de la loi, cette fin même, expression des exigences de la réalité, et qui sont l'élément capital de ressemblance n'ont pas été sanctionnées par cette disposition, ne sont devenues loi qu'à cause d'une raison de droit, d'une *ratio iuris* qui les ont intégrées dans le cadre juridique existant et qui demande telle solution de préférence à une autre. Alors que la *ratio legis* porte sur l'existence même de la règle légale, la *ratio iuris* porte sur ses modalités, sur sa réalisation. L'une répond la question : pourquoi une règle est-elle nécessaire ? l'autre à la demande : quelles modalités donner le plus justement à cette règle ? Le juge suivra la même conduite que le législateur. La *ratio iuris* qui exige cette solution opérera de ce fait l'intégration de la nouvelle disposition juridique dans l'ordre positif existant. Puisque l'ensemble des *rationes iuris*, l'esprit du droit, forme la charpente ou la structure d'un organisme juridique, son application à de nouvelles hypothèses, en les rattachant à l'ordre établi, leur assure certitude et vérité.

Cette thèse de l'Ecole est corroborée par la solution admise sur le point de savoir quelle ressemblance devait être choisie au cas de similitude multiple avec une loi, une coutume et un statut particulier.

Suivant l'opinion commune, la matière de l'hypothèse à résoudre devait déterminer la similitude à invoquer : si cette matière était réglée par la coutume, mieux valait étendre analogiquement la coutume ; si elle était déterminée par la loi, il fallait recourir à la loi. Au cas où la matière était indifféremment soumise à l'une ou à l'autre, il fallait adopter la solution la plus vraisemblable.

Pourquoi donc cette solution était-elle imposée, si ce n'est parce que la *ratio iuris* exigeait évidemment la solution donnée soit par la coutume, soit par la loi, soit par le statut.

Aussi la doctrine doit-elle faciliter le travail du juge en cherchant

non seulement la raison de l'existence des dispositions légales, mais les raisons du choix de telle disposition. Rien n'est laissé au hasard et l'esprit de la législation une fois connu facilite l'exactitude des résultats de l'analogie (1).

§ IV. — L'ANALOGIE EST PRATiquÉE EN VERTU DE L'ÉQUITÉ

Reste à voir quel était le motif formel en vertu duquel cette opération était pratiquée et quelles en étaient les conséquences.

Rien, en droit, ne se fait sans la loi : nous aurons donc en premier lieu une loi pour autoriser, ou mieux, pour imposer l'emploi de l'analogie. Mais la loi n'est que le motif prochain, quelle est la raison dernière qui requiert cette analogie ? Des auteurs parlent d'une clause tacite, d'une « mens extensiva » du législateur, toutefois l'opinion générale, qu'ils partagent d'ailleurs, fait résider le fondement ultime de l'analogie dans l'équité.

L'admission de cet élément entraînait comme conséquence l'exclusion de toute analogie en matière de lois correctives, exorbitantes, pénales, et toute appréciation contraire à la volonté formelle du législateur.

Que l'usage de l'analogie ait toujours été obligatoire, il est difficile d'en douter. Aucune disposition explicite ne se trouve sur ce point dans l'ancien droit canonique. Il faut pourtant se rappeler que, dès son origine, le droit canon était suppléé par le droit romain pour tous les principes qui n'étaient pas en contradiction avec les siens (2) : il admit donc formellement certaines dispositions romaines. Parmi celles-ci se trouvait la loi « Non possunt » (Dig. I. 3. *De leg.* 12), prescrivant le « processus ad similia » quand le cas proposé au juge n'était pas résolu par une disposition légale.

Mais pourquoi la loi oblige-t-elle les juges à recourir à l'analogie ? quelles raisons motivent cette décision ? serait-ce une mesure arbitraire ou bien cette prescription se fonde-t-elle en fin de compte sur la réalité des choses elle-mêmes ?

Une thèse met en avant l'intention du législateur en général, ou bien sa volonté implicite ou explicite décidant que telle loi serait extensible aux hypothèses non prévues. En faveur de cette théorie, on peut citer la clause tacite de Balde et la « mens extensiva » de Jean d'Imola. Cette opinion paraît difficilement soutenable : la raison de l'emploi de l'analogie est plus profonde.

Balde interprétait la loi « Non possunt » en ce sens qu'une clause générale tacite était supposée jointe à chaque règle et imposait l'exten-

(1) R. von Ihering. *Esprit du Droit romain*, t. III. p. 26 s. trad. Meulenaere.

(2) X. V. 32. *De novi operis nuntiatione* c. 1. *Intelleximus*.

sion de celle-ci quand la nécessité s'en faisait sentir (1). Cette opinion est cependant critiquable. Cette clause, si elle était admise, restreindrait, en effet, la portée de cette loi « Non possunt » qu'elle veut expliquer. La loi impose au juge, d'abord l'obligation de juger, et ensuite l'obligation d'utiliser le procédé analogique. Mais Balde, au lieu de considérer les cas omis, les lacunes de la législation, adopte un point de vue différent : il regarde et considère la règle légale comme indéfiniment extensible aux cas semblables. Sa formule ne semble pas avoir eu d'écho, et avec raison.

Il faut aussi mettre en doute la valeur de la théorie présentée par Jean d'Imola. L'analogie serait fondée sur une volonté extensive du législateur : la volonté du législateur impose elle-même son extension à des hypothèses relevant de matières différentes (2).

Cette expression de Jean d'Imola se comprend si l'on se souvient de l'assimilation que les commentateurs pratiquaient entre la loi, la *ratio* et la *mens*. Quoi d'étonnant qu'ils parlent de la *mens* là où à strictement parler ils ne peuvent parler que de la *ratio* ?

Il est cependant impossible de l'admettre telle qu'ils la présentent. Ainsi que l'a montré l'analyse des opérations analogiques, le concept fondamental de l'analogie pour les canonistes fait abstraction de la volonté du législateur. L'analogie veut résoudre un cas non prévu par ce dernier. Que des éléments de solution soient cherchés dans la législation existante, soit, mais comment aller au delà, et parler de « mens legislatoris », si ce n'est en un sens très vague et indéfinissable.

Cette conception est donc en opposition avec l'évolution de la doctrine canonique : de plus, elle paraît difficilement conciliable avec le concept de l'analogie.

La connaissance du fondement ultime de l'analogie dépend de la nature même du processus employé. Il consiste, on l'a vu, à étendre une disposition à un autre cas non prévu, à égaliser deux situations semblables ou même identiques. L'analogie repose donc essentiellement sur la nature du droit qui est équitable, « *aequum* ».

Tous, tant canonistes que juristes, mettent en relief ce caractère qui fournit la base la plus solide à la légitimité de l'opération analogique.

Un texte authentique vient d'ailleurs corroborer, s'il en est besoin, l'exactitude de ce raisonnement. Dans la Décrétale « Cum dilecta », le Pape, en usant de l'analogie, déclare : « eiusdem aequitatis similitudine provocati... ». C'est donc bien sur l'équité elle-même du droit qu'est basée l'analogie suivant l'École et, par conséquent, c'est la nature elle-même du Droit qui lui sert de base, puisque le Droit est essentiellement « *aequum* ».

(1) Baldus. In additionibus ad *Speculum iuris*. L. II. P. 2. De *disputationibus et allegationibus advocatorum*. § 5. Et ista clausula quod procedatur de similibus ad similia tacite videtur inesse legibus et statutis.

(2) Ioannes ab Imola. In VI. I. 6. De *electione*. c. 33. Si *postquam*. n. 5.



Cette équité, qui sert de base à l'analogie, fournit en même temps la mesure de son utilisation : elle ne pourra être employée pour étendre des dispositions contraires à l'équité. C'est ainsi que l'ancien droit interdit l'analogie quand il s'agit de lois correctives, exorbitantes ou pénales, ou lorsqu'une prohibition formelle du droit positif existait en sens contraire.

Les dispositions correctives sont celles qui modifient le droit antérieur sans toutefois l'abroger. Les plus célèbres exemples des lois correctives étaient les dispositions par lesquelles le Pape corrigeait les lois romaines en matière de prescription et d'usure. La prescription de trente ans et de quarante ans était admise même au cas d'usucapion de mauvaise foi (1). Le IV^{me} concile de Latran avait requis la bonne foi pendant toute la durée de la prescription (2). Il en était de même en matière d'usure (3).

La disposition excluant toute analogie au cas de loi corrective venait du droit romain. Elle était prévue dans la *l. Praecipimus. 32. Cod. VII. 6. De appellat.* et l'Auth. *Quas actiones* (Cod. I. 2. *De sacr. eccl.*), à laquelle tous les auteurs se réfèrent plus volontiers dans l'ancien droit. Suivant cette loi, la prescription de 10, 20 ou 30 ans éteignait certaines actions ; si celles-ci profitent à un lieu religieux, elles sont éteintes seulement après quarante ans. Cette disposition était postérieure à la loi du Code accordant aux églises le bénéfice de la prescription centenaire (4) ; elle la corrigeait donc implicitement.

Ioannes Bassianus et Pillius demandent à ce sujet, si la restriction apportée par l'Authentique *Quas actiones* doit être étendue aux cités, qui jouissaient elles aussi d'une situation privilégiée : ils avaient conclu affirmativement, parce que la raison était identique (5). La Grande Glose se range toutefois à l'avis opposé (6).

Cette doctrine de la non extension des lois correctives était sanctionnée en droit canonique par Boniface VIII dans la Décrétale « *Cum expediat* » (In VI. I. 6. *De electione. 29*), qui en fait explicitement mention.

(1) Cod. VII. 39. *De praescriptione XXX et XL annorum. ll. 3. Sicut in remi 4. Omnesi 7. Cum notissim.* § 1.

(2) X. II. 26. *De praescriptionibus. c. 20. Cum omne.* — Dans le même sens. C. XIII. q. 6. c. 1. *Si res aliena.* — In VI^o Reg. 2. *Possessor.*

(3) Les lois Dig. XII. 1. *De rebus creditis l. 40. Lecta* et Dig. XXI. 1. *De usuris. l. 29. Placuit* et l. 41. *Quod in stipulatione* furent corrigées par X. V. 19. *De usuris. c. 1. Plures.* — In VI^o. V. 5. c. 1. *Usurarum.* — Cle. V. 5. *De usuris. c. un.*

(4) Cod. I. 2. *De sacrosanctis ecclesiis. l. 23. Ut inter.*

(5) Gl. ad Cod. I. 2. *De sacrosanctis ecclesiis. Auth. Quas actiones. v. excluduntur.*

(6) La même doctrine était, suivant la Glose, tirée de la Dig. XXIV. 3. *Solutio matrimonio. 64. Si vero. § 9. De viro.* Elle disposait que l'époux gérant d'une femme consentante, s'il affranchissait un esclave dotal, devait restituer à la femme tout le profit qui lui en revenait. Son héritier restait tenu de cette obligation. Cette loi, suivant les glossateurs, était contraire au droit commun.

Cette règle se comprend très bien, car les décisions légales portant atteinte au droit commun étaient tenues pour rigoureuses et contraires à l'équité.

Pourtant cette règle a vu son domaine restreint à la suite de l'évolution de la théorie de la *ratio*. Au cas d'identité de raison, cette extension était admise ; suivant les auteurs, l'application se trouvait en effet pratiquée en vertu de la loi elle-même, et non plus de son extension analogique (1), le témoignage d'Ant. de Butrio est formel (2).

Certains sont même allés plus loin et ont étendu analogiquement des dispositions correctives en vertu d'une similitude de raison seulement : ainsi Raphael Fulgosius (3).

Étaient également jugées contraires à l'équité les lois dites exorbitantes. Cette catégorie de dispositions renfermait les prescriptions législatives qui d'une manière ou d'une autre ne concordent pas avec le droit commun, ainsi les privilèges, les statuts municipaux, les règles portées pour une classe de fidèles, par exemple celles qui sont édictées contre les schismatiques (4).

Ces dispositions ne pouvaient être étendues dans la règle de droit 141 « Quod contra rationem » (Dig. L. 17. *De regulis iuris*).

La glose de la règle « Quae exorbitant » (In VI. *De Reg. iuris*) donnait comme exemple le cas du privilège accordé dans la Constitution de Boniface VIII, « Super cathedram », aux Frères Mineurs et aux Frères Prêcheurs. Elle ne doit pas s'étendre aux ordres, mendiants ou non, pas plus qu'au clergé séculier. Les motifs invoqués sont d'abord l'intention du Pape telle qu'elle ressort du texte ; ensuite, le fait que cette Constitution est contraire au droit commun : elle donne en effet à ces religieux la quarte de biens régulièrement exemptés, ainsi des ornements laissés pour la fabrique, et des dons laissés pour le luminaire ou certaines personnes. Cette disposition se comprenait, puisque l'analogie est fondée sur l'esprit du droit, sur l'équité ; elle ne saurait donc raisonnablement s'étendre contrairement à cet esprit même qui lui sert de base.

Des exceptions à cette non application de l'analogie furent cependant introduites en faveur de dispositions favorables à l'Etat (5) ou à une cause pie (6). D'autres furent entraînées par la doctrine sur l'identité de raison : ce dernier principe s'appliquait à condition que les dispositions exorbitantes n'aillent pas directement contre la raison de droit (7).

(1) Nicolaus Everardus. *Loci*. L. 79. n. 18 s.

(2) Ant. de Butrio. In X. III. 18. *De locato et conducto*. c. 1. *Ex rescripto*. n. 10.

(3) Raphael Fulgosius. In Cod. VI. 61. *De bonis quae*. l. 5. *Non sino*. n. 3.

(4) In VI°. V. 3. *De schismaticis*. c. un.

(5) Card. Tuschus. *Practicarum*. Lit. E. Concl. 665. n. 7.

(6) P. Farinaccius. *Fragmenta*. P. I. litt. E. n. 109.

(7) Gl. ad Cod. VI. 2. *De furtis*. l. 20. *Si quis servo. v. corrupti facile*.

L'extension analogique était également prohibée en matière de dispositions pénales.

Cette règle était portée dans deux canons du Décret. Le c. 18. D. I. (*De Poenitentia*), reprend la loi romaine : « *Poenae legum interpretatione molliendae sunt potiusquam exasperandae* » (Dig. XXVIII. 19. *De poenis*. l. I. 12. *Poenae*).

Gratien ajoutait : les peines ne s'étendent pas au delà de l'hypothèse visée (1). Il semble qu'ici Gratien a confondu l'extension analogique avec l'interprétation extensive : le texte romain semble bien considérer cette dernière seule ; par contre, le commentaire de Gratien donne le sens d'une extension analogique. C'est bien ainsi d'ailleurs que l'a entendu Ioannes Teutonicus : il spécifie que les dispositions pénales ne peuvent être étendues par voie d'analogie (2).

La glose affirme encore au c. 20 *Consuluit*. C. II. q. 5. que ce qui n'est pas explicitement défendu dans certains cas, tout est concédé et permis (3). En conséquence, ces derniers cas visés seuls sont interdits et aucun autre.

Cette doctrine subit elle aussi le contrecoup de la théorie de la *ratio* (4). On a vu la doctrine de Jean d'André sur l'extension des lois pénales : partout où la *ratio* est identique, la loi elle-même est appliquée. Ce principe est nettement affirmé au c. *Saepe* : si le commentateur n'en a pas admis la conséquence, c'est parce que l'identité de raison n'existait pas selon lui. Dans la règle « *Odia* », (In VI^o. *De reg. iuris*. 15), pourtant, Jean d'André se refuse à étendre une constitution pénale (5). Il maintient son refus aux commentaires du chapitre *In fidei favorem* (6). Il admet une troisième solution au chapitre *Dispensia* (7) : il prévoit l'application de la loi, mais non de la peine.

Peu à peu des exceptions de divers ordres ont fini par être admises, surtout à cause de la distinction des lois en favorables et défavorables. (8). Ainsi, ont été étendus, en raison du bien commun, divers statuts dans les Etats italiens (9).

Le Panormitan d'ailleurs déclare qu'une constitution pénale n'est pas étendue si la *ratio* n'est pas exprimée et il qualifie cette assertion

(1) Dict. Grat. p. c. *Poenae*. Atque ideo proprium casum non excedunt.

(2) Gl. ad. XXXIII. q. 3. d. 1. c. 18. *Poenae*. v. *molliendae sunt*.

(3) Gl. ib. v. *superstitiosa*.

(4) Les glossateurs semblent l'avoir déjà pratiquée assez tôt quoiqu'ils ne l'aient guère mentionnée. Ainsi, dans son commentaire à la loi « *Si quis servo* », la glose déclare étendre la même peine au fils parce que la raison est identique.

(5) Io. Andreae. *Mercuriales*. RI. 15. *Odia*. n. 12. Licet sit eadem ratio non sequitur quod eadem poena, nisi de poena ipso iure inflictâ tractetur, in qua non arguimus ad similia, et facit quod dixi in hoc titulo in regula « *In poenis* ».

(6) Id. Commentaria in VI. Ad V. 2. *De haereticis*. 5. n. 5 s.

(7) Ib. ib. Ad Cle. I. 1. *De rescriptis*. c. 1. n. 1. s. — Ib. *De electione*. n. 8.

(8) Sur l'origine et le motif de cette distinction, voir P. de Tourtoulon. II. p. 426.

(9) Cf. Orio Giacchi. *Precedenti*. p. 15.

d'absolument certaine, exacte et indubitable (1). Dans son commentaire du chapitre *Abbates*, il se contente pourtant d'une *ratio* présumée avec certitude, et au chapitre *Ne Romani*, d'une *ratio* sous-entendue (2).

Felinus Sandaeus lui aussi a un texte (3) assez difficile à expliquer. Quant à Decius, il reconnaît explicitement que la doctrine n'est pas appliquée : sur ce point, dit-il, rien de certain, les cas particuliers doivent être seuls considérés (4).

Sanchez (5), par contre, déclare que, suivant l'opinion la plus commune, les lois pénales peuvent être étendues.

Au XVIII^{me} siècle, le Cardinal de Luca déclarait couramment admise la doctrine suivant laquelle en matière « odieuse » il n'y avait aucune extension d'un cas à un autre cas (6).

Enfin, une disposition ne peut être étendue à l'encontre d'une disposition formelle du droit.

Au fond, toutes ces exceptions apportées à l'emploi de l'analogie peuvent toutes se ranger sous la vieille règle de l'équité romaine : ce qui est contraire à la raison du droit n'est pas susceptible d'extension.

Ainsi fut comprise l'analogie dans l'ancien droit. On notera particulièrement les efforts qui ont porté sur la détermination du terme de comparaison, seul élément objectif de l'analogie, ainsi que sur l'identité de raison qui renforce encore ce caractère, et lui donnent dans une certaine mesure la rigueur que requiert la science.

(1) Panormitanus. In V. II. *Decretalium*. In X. III. 5. *De praebendis et dignitatibus*. c. 30. *Extirpandae*. § *Qui vero*. n. 48-50.

(2) Commentaria. In X. I. 2. *De const.* c. 1. *Canonum*. n. 3. — Id. ib. In VI. V. 7. *De privilegiis*. c. 3. *Abbates*. n. 2. s. — Id. In Cle. I. 3. *De elect.* 2. *Ne Romani*. n. 8.

(3) Felinus Sandaeus. In X. I. *De const.* c. 3. *Translato*. n. 11 s.

(4) Ph. Decius. In quinque II. *Decretalium*. In X. I. 2. *De constitutionibus*. c. 3. *Translato* 2a. *lectura*. n. 1. Breviter in hoc placet conclusio quam ponit Angelus Aretinus, sed singuli casus debent considerari. — Le même disait In Digestum. II. 1. *De iurisdictione omnium iudicum*. l. 8. *Si familia*. n. 48. Extensio fieri non debet in poenalibus, sed in regulis juris dixi : firma regula dari nequit.

(5) T. Sanchez. III. 42. 4.

(6) I. B. de Luca. *Theatrum*. T. XII. P. I. *De beneficiis*. Disc. 21. p. 38. n. 19.

CHAPITRE III

L'usage de l'analogie dans l'ancien droit

Les chapitres précédents ont montré comment, sous une forme ou sous une autre, l'analogie n'a cessé d'être employée dès les origines de la Renaissance juridique du XI^me siècle. Les commentateurs notent son utilisation pour ainsi dire quotidienne. Une brève étude de son emploi mettra en relief l'importance qu'elle a revêtu en matière de suppléance, et permettra de relever les critiques qui lui furent faites, d'indiquer ensuite les matières dans lesquelles le recours à l'analogie s'est révélé le plus fréquent, de déterminer enfin les dispositions du Code qui proviennent d'une extension analogique faite dans l'ancien droit.

§ I. — EMPLOI DE L'ANALOGIE DANS L'ANCIEN DROIT

L'analogie ressortit plus spécialement à la méthode dialectique. Celle-ci recherche dans tout le corps du droit les dispositions analogues ou contraires qui s'y trouvent (1). Les auteurs pensaient trouver par voie de comparaison ou d'opposition la portée exacte des textes légaux. De là, le cortège des distinctions et sous-distinctions, des divisions et sous-divisions, auxquelles se plaisaient les commentateurs du Moyen-Age. Cette méthode fut prédominante dès le XIV^me siècle, mais elle ne fut jamais exclusive.

Au XI^me siècle, les auteurs font surtout de l'exégèse des textes ; cette méthode n'excluait pas, on l'a vu plus haut, ni les principes, ni les premières applications de l'analogie (2), mais son emploi était beaucoup moins fréquent qu'il ne le sera dès la fin du XIII^me siècle. Certains auteurs s'étaient déjà rendu compte des dangers que l'imprécision de l'analogie faisait courir à la science juridique. Richard Malumbra jette

(1) A. Massé, *De exercitatione*, II. 13 s. — B. Brugi, *Per la storia*, VII, p. 51 s.

(2) B. Brugi, *Per la storia*. IX. p. 43 s.

un cri d'alarme (1) ; il avait pu, à l'école de Iacobus de Arena, juger l'arbre à ses fruits. Mais, trop souvent, les institutions sont plus fortes que les hommes : les principes posés et admis au XIII^{me} siècle s'imposèrent de fait malgré quelques résistances, comme celles de Richard Malumbra et d'Albericus de Rosate.

Jusqu'à la fin du XV^{me} siècle, l'analogie aura une importance considérable dans la doctrine aussi bien des civilistes que des canonistes. L'attention de nombreux juristes est attirée sur cette argumentation ; aussi écrivent-ils des traités sur l'emploi des « lieux communs » dans l'argumentation, dont la plupart sont basés sur l'analogie. Ainsi en est-il des *topica legalia* de N. Everardus, d'Oldendorf et, un peu plus tard, de Barbosa. Les traités de Stephanus a Federicis (3), de Claudius Cantiuncula (4) et de Gambarrus (5) relèvent également un certain nombre de ces lieux communs.

Avec Alciat, en France au moins, se manifeste une méthode plus précise, plus rigoureuse, basée sur l'exégèse et la critique des textes. Néanmoins, en Italie, la méthode dite scolastique, prédomine sans être exclusive. L'une et l'autre s'opposent sous les noms de *mos gallicus* et *mos italicus docendi*. Malgré l'opposition quasi générale, l'influence de la première pénétra peu à peu, même en droit canonique. Elle se remarque au XVI^{me} siècle avec Antonius Augustinus (6) et H. Canisius, ainsi qu'avec la réédition du Corpus de droit canonique faite par les *correctores romani* sous le pontificat de Grégoire XIII.

Suarez sut profiter de ces circonstances pour mettre au point cette question, la plus complexe, disait-on, de tout le droit (7). Son influence fut capitale, en droit canonique tout au moins. Pour le droit civil, il faudra attendre le XIX^{me} siècle (8) pour voir mis au point tout ce problème d'ailleurs compliqué par le défaut de concordance entre la terminologie

(1) Suivant Albericus de Rosate. *In Dig. prooemium*. Richardus de Malumbra... irridebat aliquos doctores contemporaneos suos, qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo ; et dicebat considerari debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo... Arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti, et similibus modis et argumentis syllogisticis non crederem bene tutum nec hunc stilum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui... sed arguerunt ex textibus legumstrarum vicinis ad materiam de qua agebatur. Non dico quod non possit argui a minore ad maius, a contrario sensu, et modis aliis qui in iure nostro approbati reperiuntur... inhaerendo textui et glossae et opinionibus doctorum magis approbatis, et se non convertant ad fabulas, nec argumenta logistica et sophistica ex quibus veritas non habetur sed sola apparentia. Imo etiam iste morbus irrepsit in scientia theologica. — Cette méthode viendrait des logiciens et de là serait passée chez les juristes, puis les théologiens, suivant H. Kantorowicz, p. 51 s. *Tijdschrift voor de Rechtg.* XVI. I.

(2) B. Brugi, o. c. p.

(3) Tract. un. iur. t. I. *De interpretatione*. III. 12.

(4) Tract. un. iuris. I. n. 7 s.

(5) Tract. un. iuris. I. n. 90 s.

(6) A. Van Hove. I. p. 298.

(7) Gambarus. *De extensionibus*, n. 91.

(8) Ainsi encore A. Thibaut, p. 61 s. — Par contre, Ch. Brocher fait la distinction, *Etude*, p. 109.

et les principes : au sens strict, l'analogie n'est pas une interprétation extensive à défaut de volonté du législateur, et pourtant l'analogie consiste au fond dans l'extension d'une loi au-delà de son domaine.

L'influence de Suarez fut heureuse en ce qu'elle renforça l'argument grâce aux précisions apportées aux règles de son emploi (1). D'autres auteurs, par contre, prirent directement la défense de l'argument d'analogie, mais recourant à des raisons bien faibles : tel Albericus Gentili qui se contente de nier les défauts qu'on lui reproche (2).

Au XVII^m siècle, Thomassin et surtout le Cardinal de Luca, par ses critiques véhémentes des systèmes d'argumentation en usage et de leurs faiblesses, préparent un redressement salutaire. Au siècle suivant, quelques grands auteurs tiennent compte de ces graves défauts rappelés encore par Muratori (3). Tels étaient Prosper Lambertini (Benoît XIV), Gonzalez Tellez, Schmier, Bökhn, Zech, Zaccaria et Muzello, avec qui les arguments historiques prennent de plus en plus d'influence. Leur influence et leur succès montrent que les meilleurs ont compris la nécessité, non, comme le prétendaient certains, de rejeter la scolastique — ce qui était absurde — mais de lui faire produire de meilleurs fruits en la perfectionnant : l'outil n'était pas mauvais, le tout était de l'employer à bon escient. Au début du XIX^m siècle travaillent dans le même sens Devoti, Arndt, Serafini.

Survient la révolution produite par le système de Savigny (4) ; il accentue encore l'influence des études ou mieux des sources historiques en matière juridique. Quelques grands canonistes comme Phillips, Scherer, Schulte, puis surtout d'Annibale et Wernz en sont la preuve.

Ainsi, la part de l'analogie qui fut considérable de la fin du XIII^m au XVIII^m siècle, se trouva fort restreinte d'abord aux origines, ensuite depuis le XVIII^m siècle.

Telle fut l'influence de l'analogie dans le domaine de la doctrine ; en fut-il de même dans celui de la pratique ? la réponse ne saurait être douteuse : tous les commentateurs notent l'utilisation quotidienne de cet argument d'analogie devant les tribunaux. On a fait remarquer que cette observation n'est pas exacte à partir du XVI^m siècle. La réponse est facile : si l'argument d'analogie est moins employé, ce n'est guère qu'en apparence, car, à cette époque, il se dissimule sous l'appareil des opinions communes qui en était arrivé à ossifier l'organisme juridique.

§ II. — CRITIQUE FAITE DE L'ANALOGIE

L'important emploi fait par la doctrine et la pratique de l'argument d'analogie n'avait pas empêché d'en faire mettre en relief les défauts.

(1) Voir plus haut, p. 64.

(2) Hoffmann, p. 584, p. 617 s., p. 625 s., p. 635 s.

(3) *Dei difetti*, 23 s.

(4) F. C. Savigny, *System*, I. § 12 s.

Pourtant les avis étaient partagés : les uns affirment sa fragilité, l'incertitude de ses résultats, son manque d'objectivité, la facilité avec laquelle il peut être anéanti ; d'autres, par contre, en font ressortir la valeur qu'ils tiennent pour très grande.

Ainsi N. Everardus assure que sa force est très grande et qu'il est très utile (1). Par contre, pour P. A. Gambarus, « non ambulat quatuor pedibus » (2) et ce, précisément, en raison de la *ratio* sur laquelle il s'appuie et qui se trouve souvent difficile à préciser. C'est en fin de compte à cette thèse que se rallie Cl. Cantiuncula qui fait dépendre sa valeur de la plus ou moins grande similitude sur laquelle il est fondé (3).

§ III. — LES MATIÈRES

DANS LESQUELLES L'ANALOGIE FUT EMPLOYÉE

Une remarque préliminaire s'impose. L'analogie doit avoir été moins utilisé d'une façon générale dans le droit canonique que dans le droit civil, pour deux raisons. Dans le droit civil, il fallait appliquer une législation vieille de plusieurs siècles à un monde bien différent sous beaucoup de rapports et qui exigeait une adaptation presque illimitée (4). Par contre, les institutions religieuses sont beaucoup plus stables que celles de la société civile, elles sont en fait exposées à subir moins de modifications. Aussi l'emploi de l'analogie sera moins nécessaire en droit canonique que dans le droit civil. D'ailleurs, le Pontife romain continuait à légiférer, ce qui restreignait les occasions d'user de l'analogie.

Dans les matières du premier livre des Décrétales ont été étendues par voie d'analogie des dispositions de la loi hébraïque à la loi canoniques, celles qui régissent la coutume aux statuts, aux lois et aux privilèges, celles des jugements ou des transactions aux arbitrages, celles qui concernent l'avocat au procureur, celles qui règlent la sentence judiciaire à l'avis du procureur. Pour ce qui concerne le second livre, on a étendu par analogie des solutions données en matière de contrat ou de testament aux jugements en matière de privilèges aux témoignages, celles qui règlent l'appel à l'exception. Dans le troisième livre, on étendit les dispositions portées en matière de sentences judiciaires, de jugements, de contrats aux testaments, aux offices ou au droit de patronage, celles qui concernent les esclaves aux moines, du mariage à la profession religieuse, des jugements aux contrats. Dans le livre quatre, des décisions en

(1) N. Everardus. *Loci*. I. 79. *A ratione legis*. n. 3.

(2) P. A. Gambarus. *De extensionibus*, n. 92. — Cf. Van Espen. *Opera*.

(3) Cl. Cantiuncula. *Topica legalia* n. 3.

(4) Cf. Brugi. *Per la storia*. VII. p. 85.

matière de mariage furent étendues aux fiançailles, en matière de dot à la « *donatio propter nuptias* », en matière de profession religieuse au mariage. Puis dans le cinquième livre, des règles concernant le vol furent étendues à l'injure, d'autres regardant les transactions étaient appliquées à la chose jugée, certaines concernant les crimes furent étendues à l'hérésie. Enfin des dispositions du droit civil sur les soldats et le fise, la liberté ou les mineurs furent étendues à l'Eglise. Evidemment l'assimilation de ces différentes matières était loin d'être générale et absolue : elle dépendait en chaque cas de l'identité de raison plus ou moins grande entre les hypothèses. Cette énumération faite par les auteurs rappelés plus haut suffit à montrer l'extension prise en droit canonique par l'argument d'analogie. La nécessité de cette extension a pour cause la manière fragmentaire dont le *corpus iuris* avait été compilé : à la différence du droit civil, extrait des ouvrages des juriconsultes romains, le corpus de droit canonique est une collection de décisions prises par la Curie romaine nécessairement moins complète qu'une œuvre systématique de doctrine.

§ IV. — L'ANALOGIE DANS LES DISPOSITIONS DU CODE

La conséquence de l'emploi si généralisé aussi bien dans la doctrine que dans la pratique fut de faire passer dans le Code de droit canonique un grand nombre de dispositions à l'origine desquelles se trouvait l'analogie. En voici quelques exemples : l'impossibilité pour les militaires d'être « *procurator ad lites* » est étendue aux clercs ou religieux, et figure maintenant au canon 139 § 2 (1). Le mandat de « *procurator ad lites* » ne vaut que dans les circonstances déterminées par le mandant ; cette décision étendue à la juridiction est reprise au canon 199 § 1 (2). Le canon 573 semble venir originairement de l'assimilation de la profession religieuse avec le mariage (3). La disposition par laquelle le profès acquiert au monastère tous les biens qui lui surviennent (c. 582) vient de la solution adoptée pour les esclaves qui acquerraient pour leur maître tous les biens présents et à venir (4). Le canon 650 § 2 exigeant une confirmation par le Saint-Siège d'un décret de renvoi d'un religieux profès dans religion de droit pontifical, est une extension de la disposition qui réserve au seul Siège Apostolique (5) l'an-

(1) X. I. 37. *de postulando*.

(2) Innocentius IV. In X. I. 29. *De off. delegati*. c. 33. *Cum olim*.

(3) Suivant une glose anonyme à la C. 20. citée dans l'article de H. Singer, *Beiträge*, dans *Archiv für KKR*, t. 69, 1893, p. 381, Ad C. 20 (f° 25r). *Alii dicunt, ut Gandolphus, tota pupillari aetate nil agi, sive volens, sive nolens a parentibus oblatum fuerit, nisi postea assenserit adultus. Et hoc dicunt exemplo et similitudine carnalis coniugii ad spirituale.*

(4) Innocentius IV. In X. V. 33. *De privileg.* c. 14. *Cum olim*. 2.

(5) X. I. 7. *De translat. episcop.* c. 2 *Inter corporalia*.

nulation de mariage « rato non consummato ». Il y a encore analogie au canon 547 § 1 au sujet de la dot que doit apporter le religieux : ce canon est semblable (1) à la disposition du droit romain qui exigeait la dot pour la fiancée (2). Les avantages de prescription (3) et de « restitutio in integrum » (4) accordés aux « pia loca » au canon 1512 le sont par assimilation avec les églises. Dans le droit matrimonial, la crainte grave « ab intrinseco » qui n'est pas une cause suffisante d'annulation des vœux (5) ne permet pas davantage maintenant encore l'annulation d'un mariage (6).

(1) X. I. 7. *De translat. episcop.* c. 2 *Inter corporalia*.

(2) Dig. XXIII. 2. *De ritu nupt.* l. *Qui liberos*.

(3) Auth. *De eccles. tit.* Collat. IX. § *pro temporalibus*.

(4) Innocentius IV. In X. III. 5. *De praeben.* c. 21. *Nisi essent*.

(5) X. III. 31. *De regularib.* c. 17. *Sicut nobis*.

(6) D. Covarruvias. *De matrimonio*, p. II. c. 3. n. 26 s.

CHAPITRE IV

L'analogie dans le Code

Quelle est la théorie actuelle de l'analogie en droit canonique ?

Pour l'apprécier avec précision, il faut, conformément au canon 6. n. 2, éclairer la législation actuelle sur ce point par la théorie admise par la doctrine. Ces principes permettront de résoudre quelques difficultés qui ont été soulevées au sujet des lois de stricte interprétation ou des cas exceptés par les lois. Il restera enfin à déterminer pourquoi le Code a maintenu l'analogie comme moyen légitime de recherche du droit, comme instrument d'investigation et d'intégration, en dépit des attaques, souvent justes, il faut le reconnaître, dont elle a été l'objet.

§ I. — LA LÉGISLATION SUR L'ANALOGIE

Le canon 20 prévoit l'emploi de l'analogie en droit canonique : « Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis, sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus ». Pour les lois pénales, le canon renvoie au c. 2219 § 3 qui défend expressément l'extension analogique : « non licet poenam de persona ad personam, vel de casu ad casum producere, quamvis par adsit ratio, imo gravior ». Les canons 11 et 983 défendent d'autre part l'emploi de l'analogie dans les lois irritantes et inhabilitantes, ainsi que dans celles qui créent des irrégularités.

Ainsi le Code précise le droit ancien, dont les dispositions d'ensemble sont confirmées en vertu du c. 6. 2°, et dont, en conséquence toutes les prescriptions peuvent être appelées à revivre.

Deux questions ont été soulevées : l'une à propos des lois de stricte interprétation, la seconde au sujet des lois contenant une exception aux règles légales.

Suivant le P. Michiels (1), les lois de stricte interprétation ne peu-

(1) G. Michiels. *Normae generales IC.* I. p. 642.

vent être étendues analogiquement. Ainsi, les lois déterminées dans le c. 19 ne seraient pas susceptibles d'être étendues à des matières semblables. L'auteur se fonde sur le fait que ces lois ne sont pas susceptibles d'interprétation large (1) ; il conclut a fortiori qu'est exclue l'interprétation extensive ou analogique.

A. Van Hove, par contre, fait remarquer que l'analogie n'est pas fondée sur une interprétation de la volonté du législateur, mais sur l'équité. Son domaine est tout différent. On ne voit donc pas bien pourquoi une loi de stricte interprétation ne pourrait être appliquée à des matières autres que celles prévues par le texte (2), si la ressemblance entre les deux cas offre tous les caractères requis.

Une seule raison s'y opposerait : la volonté explicite du législateur. Celle-ci fait défaut : les canons traitant explicitement ou implicitement de l'analogie ne font pas la moindre allusion à une disposition de ce genre.

Dans l'ancien droit, il en était d'ailleurs ainsi ; Massé prévoit explicitement le cas dans son traité sur les exercices à pratiquer par les juristes : ...quod si interdicatur interpretatio et ad litteram redigatur, quia cessat occasio arguendi ex mente, tantum restat ut per identitatem rationis transiri possit ad decisionem similium... (3). Ce texte est suffisamment explicite pour ne pas exiger plus ample commentaire.

Pour les cas établissant une exception à la loi, S. d'Angelo refuse l'extension analogique. Seule, suivant lui, la règle peut être étendue, et non l'exception (4).

Dans l'ancien droit, Jean d'André soutenait la même thèse dans sa glose sur le Sexte (5). Il importe de bien examiner les circonstances de cette réponse. La question posée était de savoir si des hérétiques excommuniés pouvaient être admis à rendre un témoignage dans la procédure d'accusation, puisqu'ils le pouvaient au cas de la procédure inquisitoriale. Ce dernier constituait une exception. En faveur de l'extension, le commentateur fait ressortir l'identité de raison ; puis il apporte comme argument le chapitre « Si haereticus ». Il la rejette toutefois parce que cette disposition exceptionnelle est contraire à une règle de droit précise exigeant que l'accusateur soit muni de preuves prévues par le droit. De plus, l'argument tiré de l'assimilation à la procédure inquisitoriale ne vaut pas, car cette dernière est favorisée par le droit. Enfin la règle « Quae exorbitant » est formelle en sens contraire.

Le Panormitan est d'un avis différent (6). Dans le chapitre « Cum

(1) C. 19.

(2) A. Van Hove. II. p. 331. n. 323.

(3) A. Massé. *De exercitatione*. II. 74.

(4) S. d'Angelo. *Le lacune*. I. p. 68 et 75.

(5) Gl. in VIum. V. *De haereticis*. c. 5. In *Dei favorem*. v. *inquisitionis*.

(6) Panormitanus. In X. I. 2. *De constitutionibus*. c. 3. *Translatio*. n. 4. et c. 6. *Cum omnes*. c. 7. — In X. II. *De confirmat.* c. 4. *Cum dilecta*, n. 6.

dilecta », il fait remarquer : il y a bel et bien extension par le Pape d'une exception à la règle générale.

Cagnuolo admet aussi l'extension de l'exception, à condition toutefois que celle-ci ne soit limitée nommément dans la loi établissant la règle (1).

§ II. — VALEUR DE L'ARGUMENT D'ANALOGIE

Reste maintenant à déterminer la valeur de l'argument d'analogie, compte tenu des objections qui lui sont faites. Les griefs les plus graves qui lui sont adressés résident dans son incertitude et son manque d'objectivité (2). Il nous semble que le premier de ces reproches au moins est fortement exagéré à l'époque actuelle. Il nous paraît possible d'arriver grâce à cette opération analogique à des résultats tout aussi certains qu'objectifs.

L'analogie n'a pas en effet le seul mérite d'être nécessaire (3), parce qu'elle est le moyen d'intégrer une solution dans le corps du droit positif. Elle permet aussi à notre sens, d'arriver avec certitude à la vérité juridique désirée. L'analyse détaillée de son processus le montre à l'évidence. Les objections apportées n'ont qu'une portée relative.

L'on distingue trois sortes d'analogies : l'analogie vulgaire, l'analogie mathématique et l'analogie philosophique. Cette dernière qui n'offre guère d'intérêt à notre point de vue, ne retiendra pas notre attention. L'analogie vulgaire est employée fréquemment dans les sciences d'observation : elle suscite des hypothèses dont la vérification permet de faire progresser la science. Elle a cependant ce grave défaut d'aboutir seulement à des conclusions probables. Un exemple peut en être donné : j'ai observé des animaux curarisés, j'ai noté les accidents consécutifs à cette intoxication ($a + b + c$) ; or, dernièrement, examinant dans un laboratoire des lapins auxquels avaient été injecté du venin de cobra, mon attention a été attirée par la similitude des phénomènes constatés ($a' + b' + c'$) avec ce que j'avais observé déjà. Tout le monde connaît les expériences classiques par lesquelles Cl. Bernard démontra que le

(1) H. Cagnuolo, *De regulis iuris*, n. 37.

(2) P. Van de Eycken, *Méthode*, p. 112. — R. von Ihering, *Esprit du Droit romain*, t. III, p. 26 s. — Stammer, *Die Lehre*, p. 272. — E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, 223 s. — P. de Tourtoulon, II, p. 432. — A. Crnica, *De lacunis*, XII, p. 257.

(3) Nous n'entendons évidemment pas ce terme dans le sens d'une solution légale incorporant l'hypothèse dans le corps du droit ; nous parlons seulement d'une solution créée en conformité avec l'ordre juridique existant. Que l'analogie soit créatrice du droit nous paraît ressortir, d'abord, du texte lui-même du c. 20, puis de la tradition opposée à l'avis de Ioannes Bassianus (cf. p. 38) ; enfin l'opinion de P. Michiels (*Normae*, I, p. 459) semble inutile pour expliquer ce fait : la tradition romaine et canonique lui est certainement opposée ; cf. Gl. ad X. I. 5. *De post. prae.* et c. 1. *Ad haec c. interpretatus*.

curare agissait exclusivement sur les plaques motrices (voici $x + y$) ; dans le cas présent on pouvait donc conclure par analogie que le venin de cobra avait les mêmes effets ($x' + y'$) (1). Quels sont les défauts de ce raisonnement par analogie : ils nous semblent pouvoir se ramener à deux : d'abord nous n'arrivons pas à reproduire en quantité suffisante des phénomènes semblables. Ainsi, à propos de l'exemple cité, la probabilité des résultats augmenterait si les expériences étaient multipliées aussi bien en nombre qu'en variété, c'est-à-dire en faisant intervenir un plus grand nombre de circonstances. Ensuite, et surtout, le raisonnement analogique est déficient, parce qu'il est basé en dernière analyse non sur l'essence ou la nature des choses, mais sur de simples apparences : nous ne connaissons pas entièrement la nature intime des choses dont nous nous servons. Ainsi, la faiblesse de l'analogie expérimentale ou vulgaire ressortit à une double cause : elle s'analyse dans la double impossibilité d'atteindre la nature des choses, et de vérifier par un nombre suffisant d'expériences la constance absolue du lien entre les phénomènes.

Il en est autrement dans l'analogie mathématique : le mathématicien arrive à la certitude ; les conclusions qu'il peut démontrer comme s'appliquant à une figure déterminée, s'appliquent à toute autre figure semblable. Il atteint à une certitude parce que sur les points envisagés plus haut il peut vérifier d'une part la similitude absolue des figures comparées, en outre la constance des lois mathématiques (2).

De quelle analogie se rapproche le plus l'analogie juridique : de celle qui aboutit à une simple probabilité ou de celle qui mène à la certitude ? Un exemple permettra de donner une réponse. Le législateur ne prévoit pas le délai dans lequel un religieux à vœux temporaires pourra faire appel à Rome avec effet suspensif d'un décret de renvoi porté par son Supérieur. Comment résoudre ce cas ? Dans le Code se retrouve une hypothèse tout-à-fait semblable résolue par le législateur : le délai durant lequel un curé a le droit de recourir à Rome pour faire appel avec effet suspensif d'un décret d'amotion porté par son Evêque est de dix jours (c. 2155 § 1, 2). Les deux cas offrent une grande similitude : de part et d'autre, il s'agit d'un recours suspensif contre un décret, et les conséquences ainsi que les buts sont identiques : il s'agit de part et d'autre de laisser au demandeur une marge suffisante pour recourir efficacement devant la juridiction compétente supérieure. Il y a, par contre, différence entre les personnes en cause et entre les situations : dans un cas, il y a amotion, dans l'autre, il y a renvoi. L'analyse des deux espèces ainsi faite, on ne voit pas pourquoi la solution du

(1) M. Penido. *Le rôle de l'analogie*, p. 15.

(2) P. de Tourtoulon. II. p. 419.

(ode (1) ne serait pas étendue à l'espèce nouvelle non tranchée. Les seules différences relevées sont minimes et, par conséquent, elles ne sont pas de nature à entraîner avec une modification de l'espèce une solution différente. En vertu de ce raisonnement, la Congrégation des Religieux a conclu à l'extension analogique du cas résolu au canon 2153 § 1 au cas du canon 647 § 2 (2).

Cette solution est-elle certaine ou simplement probable ? Il nous paraît évident qu'elle est certaine. En effet, l'analyse minutieuse des deux cas a prouvé leur similitude et l'existence d'une différence négligeable ; de plus, en vertu du principe suprême de justice que des situations identiques doivent être résolues de manière identique, il ne semble pas y avoir la moindre raison pour douter de l'exactitude de la solution envisagée. Le raisonnement analogique nous paraît donc pouvoir aboutir à la certitude.

On objectera que tous les cas ne sont pas aussi simples. D'accord, mais n'est-ce pas la tâche du juriste d'analyser les hypothèses connues et résolues, de les décomposer en leurs éléments les plus simples ? (3). Travail délicat, peut-être, mais pourquoi mettre en doute son efficacité qui n'est pas niable, l'expérience est là pour le prouver ?

On pourrait dire que la certitude n'est pas obtenue, parce qu'on ignore comment le législateur aurait résolu le cas. Dato non concessio que le législateur ait à intervenir, celui-ci n'a pas l'habitude de trancher des cas identiques de manière différente, car cela ne serait pas raisonnable et cette solution ne serait pas juridique. D'ailleurs la volonté du législateur n'a nullement à intervenir dans l'hypothèse présente : nous avons vu plus haut quelles étaient les limites du domaine de la loi ; ces dernières franchies, il ne saurait être tenu compte d'une intention ou d'une volonté qui n'existe pas ; c'est l'évidence même.

Ainsi nous semble-t-il possible de répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'analogie peut être pour le juriste source de certitude, et dans quelle mesure elle est objective. Elle nous semble aboutir à la certitude, si le juriste arrive à établir l'identité de l'hypothèse nouvelle avec le cas résolu par la loi. Par contre, seule une probabilité pourrait être obtenue, au cas où il serait impossible de trouver dans la loi un cas absolument semblable : la probabilité serait d'autant plus grande que la similitude serait mieux vérifiée. Pourtant, il est indispensable de

(1) Il nous est impossible d'admettre les réflexions de J. Spassioievitch (o. c. p. 146 : la loi ne sert à rien ; p. 161 : elle est inutile) et de J. Roume (o. c. p. 147 : la volonté du législateur est une phrase creuse), qui proviennent d'une fausse conception de la loi : cette dernière, nous l'avons vu, est l'expression de la *volonté raisonnable* du législateur. Cf. p. 23. — J. M. Péritch, *La fonction de la loi*, p. 228.

(2) E. Meynial, *Rôle de la logique*, p. 12. — Fabreguettes, *La logique judiciaire*, p. 15, 32, 48.

(3) J. Roume, *A propos de la méthode juridique*, p. 75. Un juriste est avant tout un analyste.

le remarquer, l'argument d'analogie est surtout basé sur l'identité de but, et nous avons vu à quelles conditions un argument basé sur la *ratio legis* pouvait avoir quelque valeur. Ainsi, s'il nous semble incontestable qu'il faille admettre la valeur de l'analogie telle que nous l'avons présentée, il faut reconnaître que les conditions requises se réaliseraient sans doute rarement en pratique à cause des difficultés d'une analyse exacte et précise (1).

§ III. — FONDEMENT DE L'ANALOGIE

Sur ce point, la solution de l'ancien droit est également à retenir : le Pape lui même indiquait dans le cours de la décrétale « Cum dilecta » (X. II. 30. 4.) l'équité. Sans doute, nous l'avons vu, cette vérité a pu s'obscurcir dans le cours des siècles, mais, depuis Suarez, l'analogie logique (2) a été définitivement rejetée. Elle est d'ailleurs implicitement reconnue dans le Code au canon 20.

(1) Il nous semble que P. de Tourtoulon affaiblit par trop la portée de l'argument d'analogie, II, p. 431. Il y a une grande différence entre l'analogie expérimentale et l'analogie juridique analytique ; la première ne touche que les apparences, la seconde, par contre, peut arriver au même résultat que le législateur. Si l'on admet que ce dernier donne une solution certaine, il n'y a pas la moindre raison pour refuser le même avantage à la réponse du juge. — A. Thibaut, *Théorie*, p. 33.

(2) En sens contraire encore : M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts*, p. 65 s.

(3) S. C. de Religiosis. *Dubium reu declaratio*. De recursu contra decretum dimissionis religiosi professi a votis temporariis, 20. VII. 1923. AAS. t. 15. 1923. p. 457 s.

SECTION II

Les principes généraux du droit

Le juge n'a pas à utiliser que l'analogie pour suppléer aux lacunes de la législation positive. Le caractère de particularité et de spécialité de l'analogie en rendent d'abord l'application exacte extrêmement malaisée. Il faut en outre compter avec la difficulté de préciser la *ratio legis*. Aussi, un moyen plus général devait-il s'imposer : l'application ou, quelquefois, l'extension des principes généraux du droit à un cas dont le législateur a omis la solution.

De cette manière, c'est quand même dans la législation positive, que le juge trouvera les éléments de solution du problème posé : pour lui, garantie contre l'erreur ; pour les justiciables, garantie contre l'arbitraire.

Après avoir déterminé de façon générale ce qu'il faut entendre par principes généraux du droit, et l'évolution de la théorie dans l'ancien droit, nous essaierons de déterminer l'influence que ces principes ont eue historiquement ; à la lumière de cette expérience, nous dégagerons leurs éléments constitutifs, leur fondement et leur nature, afin de préciser ce qui fait leur force et leur faiblesse, c'est-à-dire la valeur qu'il leur faut attribuer. Enfin, se posera la question de savoir si ces principes généraux du droit doivent s'entendre exclusivement des principes de la législation canonique, ou s'il faut, le cas échéant, recourir aux principes d'autres législations ou même au droit naturel.

CHAPITRE PREMIER

La théorie dans l'ancien droit

Pour étudier son rôle, nous examinerons successivement sa formation afin de poser le problème, nous verrons ensuite son introduction en droit canonique, puis son évolution dans le cours des siècles.

§ I. — FORMATION ET PÉNÉTRATION

De qui sont-ils l'œuvre ? comment sont-ils élaborés ? à quels éléments s'étendent-ils ? Les principes généraux du droit sont, pour la plupart, dégagés par la doctrine. A celle-ci revient d'abstraire des prescriptions légales les éléments généraux qui s'y trouvent inclus et en constituent le fondement immédiat. Ainsi se produit la simplification de la législation positive. La doctrine recherche les solutions générales virtuellement contenues dans les lois. Il peut se faire que le législateur consacre dans la suite certains de ces principes et leur accorde de ce fait une plus grande valeur, c'est néanmoins avant tout à la doctrine qu'il appartient de les déterminer.

Comment se produit cette élaboration ?

Toute législation présente des solutions identiques sur certains points en des matières différentes. Dans le cas où ces solutions ont une raison d'être commune, il est tout naturel de les rassembler en une règle commune.

L'ancienne législation prévoyait par exemple que le parjure ne pouvait être admis à prêter serment (1) ; le motif donné en était la crainte qu'il ne retombât dans sa faute. D'autre part, elle interdisait de rendre à son époux d'un caractère violent une femme que ses violences avaient mise en fuite (2) ; cette disposition avait une raison identique à la précédente. Enfin, elle ne permettait pas de confier sans conditions un

(1) X, II, 20. *De testibus*, c. 54. *Testimonium*.

(2) X, II, 13. *De rest. spoliat.*, c. 13. *Litteras*.

objet à un individu qui se serait montré négligent dans la garde des objets qui lui ont été remis (1). Dans ces trois hypothèses, dans ces trois défenses, se retrouve une raison dont l'ancien droit tirait le principe : « Semel malus semper praesumitur malus » (2). Par un processus inductif, diverses lois, basées sur une raison d'être identique, sont généralisées, des dispositions identiques portées en des matières différentes sont universalisées et deviennent ainsi applicables à d'autres matières encore.

Tandis que l'analogie de la loi va du particulier au particulier, étendant une solution légale particulière à un autre cas particulier, le principe de droit généralise la solution donnée dans plusieurs hypothèses diverses en vertu d'une même raison d'être. Dans l'exemple donné, il établit une présomption non plus seulement contre le parjure, contre l'époux intraitable, contre un gardien négligent, mais contre tous ceux qui se rendent coupables d'un crime quelconque.

La science du droit opère ainsi sur chaque groupe de dispositions légales semblables, de manière à en dégager le principe qui s'y trouve inclus. Elle doit l'expliquer afin de lui garder le caractère de vérité qu'à raison même de la généralisation, il est exposé à perdre. Ce faisant, elle établit des points de repère grâce auxquels les cas non prévus dans la législation pourront trouver une solution vraisemblablement juste.

La théorie des *regulae iuris* prit naissance dans le droit romain, aussi est-il indispensable d'examiner successivement d'abord comment fut admis en droit canonique le terme de « regula » avec le sens de principe général, et ensuite quel fut le développement de la théorie elle-même tant chez les romanistes que chez les canonistes.

Comment fut reconnue dans le droit canonique l'expression « regula iuris » ?

Dès avant le Décret, le terme de « regula » était employé pour désigner une norme légale ou non. Gratien l'emploie encore exclusivement dans ce sens. Ainsi dans la troisième Distinction du Décret (3).

Paucapalea reprend le mot avec cette signification (4). Dans la *Summa* ne se retrouve pas non plus l'expression « regula iuris » : il emploie toutefois le terme avec ce sens puisqu'il donne la définition du Digeste au moins partiellement (5).

Rolandus Bandinellus utilise également le terme « regula » exclusivement dans le sens de loi, rarement d'ailleurs. On ne le trouve qu'une fois dans la *Summa* à la C. XVI. q. 5. Il déclare à propos du canon de Saint Grégoire accordant aux monastères une prescription de quarante

(1) X. II. 23. *De praesumpt.* c. 9. *Scribam.*

(2) VI. *De reg. iuris* R. 8.

(3) Dict. Gr. a. c. 2. D. III.

(4) J. F. Schulte. *Die Summa des Paucapalea* D. III. *Alia canon. alia regula, alia privilegium.*

(5) Idem. o. c. Est quoque regula quae rem breviter enarrat.

ans contre les églises : les privilèges spéciaux s'établissent par une règle commune ou générale (1).

Rufin, par contre, l'emploie fréquemment. Avant lui, nous l'avons déjà noté, l'influence du droit romain se fait sentir avec plus de netteté, aussi n'est-il pas étonnant que l'on voie apparaître l'expression « regula » avec le sens de principe général (2). Il lui garde néanmoins plutôt le sens du Décret (3).

Ainsi en est-il également d'Etienne de Tournai qui rapporte la définition de Paul (4), mais admet ensuite qu'elle peut être un canon porté sans l'autorité du Siècle Apostolique (5).

Magister Albertus suit le chemin tracé par ses prédécesseurs : dans sa glose de la II Compilation (6), il est fait emploi des « regulae iuris » du droit romain.

Ainsi l'expression « regula iuris » a pénétré du droit romain dans le droit canonique progressivement. Si le terme de « regula » continue d'être employé dans le sens donné par le Décret, comme le font remarquer les commentateurs, l'introduction par Grégoire IX d'un titre « De regulis iuris » en consacre désormais la signification principale.

§ II. — LA DOCTRINE DES GLOSSATEURS

L'évolution historique de la théorie trouve comme tant d'autres son point de départ chez les Romanistes. Les principaux traits en seront définitivement fixés au début du XIV^{ème} siècle ; néanmoins, c'est surtout depuis lors que seront apportées certaines précisions notamment sur les effets juridiques qu'il faut leur reconnaître.

L'existence d'un titre spécial dans les Pandectes, puis dans les Décrétales devait attirer l'attention des Romanistes et des Canonistes sur les « regulae iuris ». Deux questions d'ordre logique les préoccupent spécialement auxquelles Jean d'André donnera une réponse satisfaisante : quelle est la fonction de la règle de droit par rapport aux cas à résoudre, et comment expliquer les exceptions qui lui sont apportées ?

La première règle disait, en effet : « Regula est quae rem, quae est, breviter enarrat ». Elle ajoutait, ce qui allait être l'objet de discussions :

(1) F. Thaner. *Die Summa Rolandi*. Ad C. XVI. q. 5. Nec specialia privilegia communem quidem vel generalem faciunt regulam.

(2) J. F. Schulte. *Die Summa Rufini*. Ad Dist. III. c. 2. Regula iuris est quae dicitur : quod quisque iuris in alium statuit eodem iure utatur.

(3) Idem. o. c. Ad D. LVIII. — Ad C. I. q. 3. c. 7. *Si quis obiecerit*. — Ad C. I. q. 7. dict. Gr. a. c. 6. — Ad dict. Gr. p. c. 25. *Si quis ab Episcopo*. C. II, q. 7. 6. — Ad rub. C. XI. q. I. — Ad C. XIV. q. 5. c. 15. *Non sane*. — Ad C. XV. q. 8. — Ad C. XXXV. q. 2 et 3.

(4) J. F. Schulte. *Die Summa des Stephanus Tornacensis*. Ad D. XVII. c. 2.

(5) Idem. o. c. Ad D. III. c. 2. *Regula*.

(6) F. Gillmann. *Magister Albertus als Glossator der Compilatio II*. Archiv. für kat. KR. t. 105. 1925. p. 176.

« Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat ». Enfin elle notait : « Per regulam igitur brevis rerum traditio, et ut ait Sabinus, quasi causae coniunctio (coniectio) est, quae, simul quum in aliquo vitata est perdit officium suum ».

Le premier traité qui expose la théorie des règles de droit est celui de Bulgarus (1). Pour ce célèbre glossateur, leur caractéristique est, outre la brièveté, la coordination qu'elles opèrent entre les différentes dispositions légales (2), elles réalisent la systématisation du droit. A son avis, une règle de droit est uniquement la collection, l'agrégat de solutions juridiques. Il donne comme exemple la formation de la règle : « Quod nullius est, id occupanti conceditur » (3). La loi dispose que les bêtes fauves sont des « res nullius », il en est de même pour les poisons, pour les oiseaux ; chacune de ces espèces appartient au premier occupant ; de la réunion de ces lois est sortie la règle générale que nous venons de rappeler.

Ces règles ne sont pas universelles : elles peuvent avoir des exceptions, et dans ce cas, la règle perd son effet (4). Le motif en est le suivant : toute définition (et la règle de droit en est une dans une certaine mesure) est dangereuse comme l'assure la règle « Omnis definitio ». Il arrive donc rarement qu'un principe soit absolu, et les exceptions sont fréquentes. Par exemple, un principe déclare : celui qui n'est pas *sui iuris* ne peut faire un testament (5) ; mais cette règle ne vaut que pour le fils de famille soldat qui peut au moins disposer de son pécule (6). D'après Bulgarus, l'exception n'est pas comprise dans la règle ; celle-ci ne constitue pas le droit, elle en provient, en découle ; elle ne devient principe de droit que par ce droit dont elle constate l'existence. Au commentaire de la règle « Omnis definitio » il fallait remarquer la difficulté d'établir une règle de droit, parce que presque toutes les règles disparaissent si l'on ne tient pas compte des exceptions, sauf peut-être, ajoute-t-il (7), la règle « Omnis definitio » (8).

Placentin reprend la définition de Bulgarus (9). Toute règle, dit-il, contient ses exceptions. De fait, la loi ne déclare-t-elle pas que les éléments spéciaux sont inclus sous les éléments généraux (10) ; de plus, les

(1) Bulgari et Placentini *ad tit. de diversis regulis iuris*.

(2) O. c. *De singulis quasi collecta universitas*.

(3) Cette règle de formation doctrinale ne figure pas dans le Corpus.

(4) O. c. *Cum vitatur in aliquo, perdit officium suum*.

(5) Inst. II. 12. *Quibus*.

(6) Bulgarus ne parle pas de cette exception.

(7) O. c. p. 30.

(8) Dans le même sens, G. Haenel. *Dissensiones dominorum*. Rogerius. *De dissensionibus dominorum*. § 12. *Frequens est extra regulam aliquid inveniri*.

(9) Bulgari et Placentini *de regulis iuris*. p. 3.

(10) Dig. L. 17. *De regulis iuris*. 147 (189). *Semper specialia generalibus insunt. Auth. De non alienandis. § Ut autem*.

règles sont confirmées par leurs exceptions (1), par conséquent, celles-ci y sont comprises d'une certaine manière.

Il suit de cette conception que jamais les règles ne peuvent faire défaut. Elles ne pourraient en effet être inexactes que si l'on retrouvait dans les exceptions le même droit établi par la règle, or c'est le contraire justement qui se produit (2). En conséquence, les règles de droit sont toujours vraies (3).

Avec Ioannes Bassianus, la théorie prend une allure plus scientifique. Il s'écarte sensiblement du commentaire de Bulgarus (4). Pour lui, « *coniunctio causae* » dont parle le droit romain s'interprète non plus d'une réunion de plusieurs lois, mais d'une *extension* à d'autres lois de la raison donnée à une disposition légale (5). Il donne comme exemple les lois « *Cum tale § falsam causam* » (6) et « *Longe* ». L'une et l'autre prévoient qu'une fausse cause ne peut entraîner la nullité d'un legs. La raison est indiquée dans la loi tirée du Digeste : la raison pour laquelle on fait un legs est indépendante du legs ; or, cette proposition constitue la règle de droit. Le glossateur en conclut : la règle attribuée ou (ce qui revient au même) *étend* la raison donnée dans un cas à plusieurs autres cas dans lesquels se retrouve la même équité. Cette opinion était partagée par plusieurs docteurs. Ainsi, ce qui fait la force d'une règle de droit n'est autre que la cause identique qui se retrouve dans les uns et les autres cas. En conséquence, assure-t-il, l'exception ne fait pas partie de la règle (7). Cela se comprend puisque la raison n'est pas la même. Il s'ensuit aussi logiquement que dans le cas d'une exception, la règle ne produit aucun effet (8). En outre, les exceptions ne confirment pas nécessairement la règle, puisqu'elles aboutissent à un résultat contraire. Dans son commentaire à l'Authentique « *De non alienandis § Ut autem* », il insinue pourtant que la règle est confirmée par ses exceptions, conclusion qu'il est difficile de ne pas admettre (9).

(1) Suivant la Glose. O. c. l. c. v. *regula*. Et tamen arguit contra (Ioannes Bassianus) in Auth. De non alienandis. § Ut autem. ubi innuit firmari regula per ea quae excipiuntur.

(2) Suivant Azo. *Summa*. In Dig. L. 17. De regulis iuris. n. 6. ...Secundum Placentinum vero, nulla regula deficit quia exceptionem de regula esse dicit et cum regula conineat eas

(3) Gl. in Dig. L. 17. v. *regula*. Secundum eum ergo omnes verae sunt.

(4) Ms. Bib. royale de Bruxelles, 2551. (131-34) 2. f° 33.

(5) C'est du moins ce que prétend la Grande Glose et Dynus après elle. Le texte du manuscrit porte : *causae coniunctio dicitur quia coniungit eandem causam et rationem pluribus aliis in quibus eadem veritas invenitur quam statuit.* — La Glose rapporte ainsi (Gl. in Dig. L. 17. De regulis iuris. v. *Regula*) : Super 3°... secundum Ioannem... rationem redditam in uno pluribus aliis in quibus veritur eadem acquitas attribuit. — Dynus, de son côté (In De regulis iuris. Circa. n.) : ...rationem traditam in uno casu ad plures alios extendere in quibus versatur

(6) Dig. XXXV. 1. De conditionibus et demonstrationibus. 72 (70) *Quum tale*. § 6.

(7) Ioannes Bassianus. o. c. f° 33. Dico ego exceptionem non esse de regula, imo extra regulam.

(8) Dynus. o. c. l. c. Dicunt doctores quidam...

(9) Dynus. o. c. Circa quintum.

De ce fait également, continue-t-il, les règles sont fausses quand elles ont une exception, puisque leur fonction est d'unir tous les éléments et de ne jamais faire défaut, ainsi dans la règle catonienne (1).

Azo reprend la thèse de Ioannes Bassanius. La règle de droit, note-t-il, n'est pas seulement une collection de lois ou de causes : dans chacune de ces lois ou causes doit se trouver un principe identique, « la même équité », autrement dit, toutes ces lois, toutes ces causes doivent posséder la même raison d'être (2). L'établissement d'une règle n'est donc qu'une application du principe logique : *ubi eadem ratio, ibi debet esse idem ius*.

Sur le point de savoir si les règles créent le droit ou énoncent simplement un droit préétabli, il se contente de répondre négativement, sans autrement toucher ce problème pourtant agité de son temps (3).

Il insiste ensuite sur la difficulté de les établir. Bien souvent, des règles ne peuvent être dégagées, soit à cause de l'ignorance des hommes, comme pour les lois concernant les choses célestes, soit à cause des modifications incessantes des choses, comme pour la « mora », soit à cause de la faiblesse de l'intelligence humaine, soit enfin à raison de l'infinie multiplicité des délits (4).

Il admet enfin, comme Placentin, que les règles peuvent faire défaut, par exemple, au cas de concession de privilège, de disposition de droit défavorable, ou lorsqu'intervient une cause d'utilité publique (5). La difficulté, tirée du mot « *regula* », est apparente, et provient de ce que le principe de droit est appelé « *regula* », et qu'en conséquence, il doit être régulier.

La Grande Glose reproduit la même théorie, mais déclare, à l'encontre de ce qui était admis dans le texte légal, que la règle de droit crée le droit dans les cas non prévus dans les lois (6).

Elle pose ce principe à cause de la difficulté créée par la règle catonienne (7). Celle-ci déclare sans valeur tout legs qui serait nul si le testateur mourait au moment de la confection du testament, et celui-ci ne pourra jamais être validé, même si le testateur acquérait dans la suite la qualité qui lui faisait défaut. Cette règle crée le droit. La Glose en concluant que la règle fait le droit. D'ailleurs, ajoute-t-elle, « *regula iuris* » équivaut à « *regula iuridica* » (8).

(1) C'est la conclusion tirée par Accurse. o. c. l. c. v. *regula*. et sic omnes falsae quae habent aliquam exceptionem, cum omnia debeant coniungere et in nullo fallere. arg. supra. de *regula Catoniana*. l. 1. (Dig. XXXIV. 7).

(2) Azo. *Summa*. In Dig. L. 17. De *regulis iuris*. Officium regulae est ut unam causam redditam in uno pluribus aliis in quibus eadem aequitas versatur.

(3) Idem. Ib. n. 5.

(4) Idem. Ib. n. 6.

(5) Idem. Ib. n. 7.

(6) Gl. ad Dig. L. 17. De *regulis iuris*. v. *Regula*... Super 2°... tu dic 3° quod ...super casibus in quibus eadem est aequitas, nec tamen sunt in iure positi, bene facit ius.

(7) Dig. XXXIV. 7. De *regula catoniana*. l. 1. *Catoniana regula*.

(8) Gl. ad Dig. l. c.

Au titre « De regulis iuris », il fallait cependant expliquer le texte précisant que la règle de droit ne crée pas le droit, mais constate seulement son existence. Accurse se tirait de ce mauvais pas de la façon suivante : l'affirmation de la loi « Regula » d'après laquelle la règle de droit ne fait pas le droit, ne vaut que pour les exceptions, sinon, le genre, c'est-à-dire la règle, dérogerait à l'espèce, nommément à l'exception, et ceci est illogique ; elle crée cependant le droit dans les cas normaux.

La Glose objecte pourtant que la « regula iuris » ne peut créer le droit puisque sa fonction est uniquement d'énoncer et d'unir des droits, comme dit le texte : *coniunctio rationis*. Elle tient, malgré cela, la première opinion : sans doute, la règle de droit ne crée pas le droit, ni là où il se trouve déjà constitué, ni dans les exceptions ; par contre, dans les cas où se constate la même équité et qui ne sont pas prévus explicitement, elle crée le droit. Dans cette dernière hypothèse, par conséquent, la règle de droit doit être appliquée (1).

Elle reprend ensuite la thèse de Ioannes Bassianus sur la nature de la règle de droit ; elle admet pourtant contre lui que les exceptions confirment la règle, mais n'insiste nullement sur cette divergence. Enfin, elle identifie les règles de droit aux principes et aux maximes (2).

La doctrine suivie par Goffredus de Trano s'inspire de la signification différente du mot « regula » en droit canonique. Les emprunts faits aux juristes sont peu importants (3). Dans son commentaire au titre « De regulis iuris », il rappelle la définition de la règle donnée par le Digeste, mais s'empresse de noter que, suivant les grammairiens, une règle est une collection d'éléments semblables. Il rapporte ensuite la définition du Décret : la règle porte ce nom, parce qu'elle dirige, ne dévie pas, parce qu'elle commande, établit une norme de vie et corrige les défauts. Il en conclut immédiatement que, dans ce cas, elle constitue le droit. Cette conclusion est contraire à celle de Ioannes Bassianus, mais il n'insiste pas, il ne reprend même pas la théorie de la Glose et se contente d'ajouter qu'en droit canonique « regula » est mis pour « canon ». La règle se rédige en employant un terme universel ou indéfini, poursuit-il. Il note enfin que non seulement souvent il n'y a pas de règle, dans une matière déterminée, mais même qu'elle ne peut exister à cause de la complexité du point envisagé : ainsi en est-il de la créance à accorder aux témoins, ou de la pénitence à imposer aux pécheurs ; la solution de ces cas est laissée à l'arbitraire du juge.

Ioannes Teutonicus rapporte d'abord la définition donnée par le Décret : la règle est ainsi appelée parce qu'elle mène dans le droit chemin ; d'autres disent, ajoute-t-il, parce qu'elle dirige, fournit une

(1) Gl. Ib. v. *regula*... Sed sic firmatur, id est declaratur, ut in non exceptis locum habeat non tanquam regula, sed tanquam sic constitutum.

(2) Suivant Ant. Massé. *De exercitatione*. I. n. 62

(3) Goffredus de Trano. *Summa*. In X. V. 41. *De regulis iuris*.

règle de vie et corrige ce qui est défectueux (1). Il en déduit qu'elle crée le droit. Cette conclusion s'oppose au Digeste. Pour résoudre cette antinomie, il recourt aux thèses de Placentin et de Io. Bassianus, sans toutefois les nommer. Si les règles de droit excluent de leur sein leurs exceptions, elles ne font pas le droit ; si, au contraire, elles les comprennent, elles ne peuvent jamais faire défaut et créent le droit. C'est dans ce sens qu'il faut entendre le texte du Décret.

L'Hostiensis fait plus d'emprunts au droit romain et pour le reste rapporte la doctrine de Goffredus de Trano. Il insiste surtout sur les exceptions multiples aux règles de droit (2).

Il comprend de la manière suivante l'affirmation du Digeste : « la règle de droit ne fait pas le droit », elle ne le fait pas *aisément* à cause des exceptions qui sont si fréquentes, ou bien elle ne le fait pas *en particulier*, mais seulement *en général* et *universellement*, car dans les cas spéciaux, elle fait souvent défaut, et ne peut donc alors faire le droit (3).

§ III. — L'ÉTABLISSEMENT DE LA DOCTRINE

Le plus grand commentateur du titre « De regulis iuris » est à cette époque Dynus Mugellanus, que suivra au moins dans les grandes lignes Jean d'André. Ils reprennent chacun des points précédemment examinés en leur donnant une solution qui ne sera plus discutée dans la suite (4).

Dynus affirme d'abord que le premier caractère d'une règle de droit est d'être universelle (5). En effet, les termes employés par les règles sont universels aussi bien dans les affirmations que dans les négations. Toutefois l'application d'une règle est conditionnée par l'existence de l'identité de raison ; par exemple : je lègue dans mon testament tout ce qui est en marbre, je lègue donc toutes les statues, tous les objets, mais seulement ceux de marbre.

Quelle réponse fait-il aux questions communément soulevées ? La règle établit-elle un droit nouveau, est-elle créatrice ou se contente-t-elle simplement de reconnaître un droit déjà existant ? (6).

Il reprend sur ce point la réponse de la Grande Glose, quoique son énoncé soit moins clair. Les docteurs (7), dit-il, répondent par une tri-

(1) Gl. ad D. III. c. 2. *Regula. v. regula...* Ergo si regula nunquam aliorum trahit omnis regula ius... ita sumitur hic.

(2) Hostiensis. *Summa*. In X. V. 40.

(3) Idem. o. c. n. 3.

(4) *Ad tit. De regulis iuris*.

(5) Idem. o. c. Circa secundum.

(6) Idem. o. c. l. c. Circa tertium.

(7) Idem. o. c. l. c. Il s'agit des glossateurs puisque Dynus se contente sur ce point de paraphraser la Glose.

ple distinction : ou bien il s'agit de cas nommément exceptés par les lois, et la règle de droit ne saurait s'appliquer, et en ce cas elle ne crée pas le droit ; ou bien il s'agit de cas prévus inclus dans les canons et les lois, et alors le droit se trouve déjà constitué ; ou bien enfin il s'agit de cas où se trouvent la même équité, la même raison d'être que dans les cas déterminés par le droit, sans toutefois qu'ils soient explicitement prévus par lui, et alors la règle de droit fait le droit, à cause de l'identité de raison qui n'admet pas de solution différente pour les cas semblables. Dans cette dernière hypothèse, il y a lieu à application de la théorie de l'identité de raison, et Dynus détermine ce qui, selon lui, constitue l'élément formel de la règle de droit tant dans les cas non prévus par la législation que dans les autres : l'identité de raison.

Il propose cependant une solution légèrement différente ; une seule distinction suffit : ou bien la règle est postérieure à la constitution du droit, le droit a été antérieurement porté, et alors la règle ne crée pas le droit puisqu'elle le trouve déjà établi, c'est le cas dans les deux premières hypothèses énoncées plus haut ; ou bien il s'agit de cas non prévus par la loi, mais où se retrouve la même équité et cette équité indique le droit ; mais là où aucun droit n'est constitué avant l'établissement de la règle (c'est le cas si embarrassant de la règle catonienne), celle-ci constitue directement le droit qu'elle affirme.

Il se demande ensuite si l'application d'une règle de droit entraîne l'extension d'un cas à un autre pour identité de raison, extension qui serait commandée par la règle même : suivant Ioannes Bassianus, la règle unit plusieurs raisons d'être ; est-il vrai, comme l'a déclaré ce dernier, qu'elle *étend* la solution donnée pour l'une à toutes les autres ? (1). Dynus repousse la réponse affirmative d'abord parce que la règle de droit est une « *coniunctio* », et suivant la thèse de Ioannes Bassianus, il n'y aurait pas *coniunctio*, mais *extensio*. De plus, toujours d'après la même opinion, la raison d'être d'un cas serait attribuée à un autre cas ; or, ceci n'est pas prévu par le texte de la loi romaine, qui ne parle nullement d'une extension des cas. Enfin, s'il y avait extension, on dirait d'une règle déterminant un droit qu'elle l'établit « *semblablement* » ; et, encore une fois, les lois n'emploient pas cette expression (2).

Il faut donc conclure que la règle est une conjonction de raison, parce que d'une raison d'être identique à plusieurs cas, la règle ne fait qu'une disposition générale. Si, dans le corps des lois, ces raisons d'être étaient séparées, la règle les rassemble et les réunit en une seule.

Enfin, Dynus tente de résoudre le problème soulevé par l'universalité de la règle et l'existence des exceptions : celles-ci sont-elles comprises dans la règle ou se trouvent-elles hors de celle-ci ? Ce problème n'offre

(1) Idem. o. c. l. c. Circa tertium.

(2) Idem. o. c. l. c. Circa quartum.

d'intérêt qu'au point de vue logique. Il rappelle d'abord les solutions données par Placentin et Ioannes Bassianus. Il donne tort à l'un et à l'autre, quoiqu'il reconnaisse en faveur de chacun, comme faire se doit, une part de vérité.

En premier lieu, en dépit de l'opinion de Placentin, les exceptions ne sont pas comprises dans la règle parce qu'elles disposent contrairement à la règle de droit. Tout le monde admet que la règle ne s'applique pas quand il s'agit d'une exception. D'ailleurs la fonction de la règle est d'unir plusieurs raisons d'être identiques et parmi celles-ci ne figure évidemment pas la raison d'être de l'exception. Voici, par exemple, la règle : ce qui n'est à personne appartient au premier occupant. Ce principe ne vaut ni pour l'homme libre, ni pour les choses sacrées et d'autres encore ; on ne peut donc dire que ces exceptions font partie de la règle.

Cependant, on peut admettre qu'elles y sont étroitement rattachées : elles sont en effet englobées dans la généralité de ses termes. Une règle, par exemple, concerne les hommes, l'exception portera sur les hommes et non pas sur les animaux, puisque la règle n'en parle pas. On peut penser, conclut charitablement Dynus, que Placentin a entendu ainsi le principe qu'il défend.

D'autre part, Dynus répond aux arguments de Ioannes Bassianus. Les exceptions font obstacle à ce qu'elles tombent sous la règle, par contre, elles étendent cette même règle à tous les cas non prévus par ces exceptions : en effet, quand plusieurs dispositions sont différentes de certaines autres, ces dernières se trouvent confirmées ; ainsi, l'existence d'un testament de soldat relatif au seul pécule, montre que la règle de droit doit s'appliquer aux autres biens et se trouve ainsi confirmée. Ioannes Bassianus a toutefois raison d'affirmer qu'une espèce exceptée ne se trouve comprise ni sous la règle, ni sous le genre, quoiqu'elle en fasse partie à un certain point de vue par l'expression verbale employée.

Tel est l'ensemble de la théorie à laquelle Jean d'André ne fera qu'apporter quelques précisions définitives.

Dans sa glose du Sexte, et dans les Mercuriales, Jean d'André traite de nouveau toute cette question à fond.

Vient d'abord la question : le droit établi par la règle est-il nouveau ?

Dans la glose du Sexte (2), il répond affirmativement comme Dynus pour les cas non déterminés par le droit. Il apporte un nouvel argument tiré des Décrétales d'Alexandre III, qui, sur divers points, précisent des solutions déjà admises antérieurement.

Il y avait pourtant une grosse objection tirée des Pandectes pour

(1) Idem. o. c. l. c. *Circa quintum*.

(2) Gl. ad VIum. *De regulis iuris*. v. *Non est novum*.

admettre qu'une règle de droit pouvait établir un droit nouveau : elles spécifiaient que la règle est tirée du droit et non le droit tiré de la règle. Aussi, il se range en fin de compte à cette position et renonce à expliquer l'antimonie constatée. Il tient que l'expression « règle de droit » devient inintelligible, si un droit préexistant n'est pas supposé : une règle de fer ou de bois suppose l'existence du fer et du bois, de même en est-il pour le droit.

Alors reparaît la difficulté : comment expliquer que la règle de droit fonde un droit nouveau pour les cas non résolus dans la législation positive ? Il répond que ce droit ne vient pas précisément de la règle : il n'y a pas de volonté du législateur, la question est laissée à l'arbitraire du juge.

Mais la grosse difficulté était l'existence de la règle catonienne. Il répond qu'elle ne constitue pas à proprement parler une règle, et ne doit pas être mise au nombre des principes de droit.

Cependant, quelques règles générales précèdent l'établissement d'un droit positif. En ce cas, dit-il, il faut maintenir quand même que ce droit est antérieur : il s'identifie avec la raison qui existait certainement auparavant dans la pensée du législateur.

Il se demande ensuite dans les *Mercuriales* pourquoi les règles de droit sont énoncées après la loi ; on pourrait s'attendre à ce qu'elles les précèdent plutôt, puisque les généralités se placent d'ordinaire avant les déterminations d'espèce.

Un semblant de raison est apporté en alléguant que cette présentation est préférable pour la mémoire. Toutefois, il semble plutôt que le législateur tienne à montrer par là que la règle vient du droit, et non que le droit procède de la règle.

Il rapporte ensuite les solutions de Dynus, en les précisant toutefois, sur la fonction de la règle : elle unit plusieurs cas par le lien de la raison (1).

§ IV. — LES EFFETS JURIDIQUES. - LES AUTEURS POSTÉRIEURS

Le point de vue logique qui tenait tant de place dans les explications des auteurs se restreint et cède la place à une détermination plus nette des effets juridiques des règles de droit.

Bartole s'intéresse d'abord à la constitution d'un droit nouveau par la règle de droit. Il admet sur ce point la distinction apportée en dernier lieu par Jean d'André (2). Il insiste ensuite sur des points plus importants : notamment sur la présomption dont jouit celui qui peut alléguer en sa faveur une règle de droit. Il est libéré de la charge de la

(1) Io. Andreas. *In tit. de Regulis iuris. (Mercuriales)*, nn. 4 ssq.

(2) Bartolus a Saxoferrato. *In Dig. L. 17. De regulis iuris*, n. 5 s.

preuve (1). En outre, il affirme qu'on ne peut présenter comme douteux un cas résolu par une règle de droit. Par conséquent, une sentence contraire à une règle de droit est entachée de nullité (2).

Il apporte cependant une distinction pour répondre d'une façon qui le satisfasse à ce problème ; on peut considérer les règles transitivement et intransitivement : transitivement quand la règle est énoncée par le législateur lui-même comme constituant le droit, et c'est le cas de la règle canonienne, intransitivement quand elle exprime et systématise le droit antérieurement établi.

Balde ne traite pas cette théorie ex professo et se contente de rappeler à l'occasion les conclusions déjà reçues.

Le Praepositus répète les solutions de Ioannes Teutonicus, de l'Hos-tiensis et de l'Archidiaque qu'il exprime un peu différemment ; il relève l'opposition entre la définition du Décret et celle du Digeste : ce dernier donne un sens restreint à une règle comprenant ses exceptions ; le Décret, par contre, lui attribue un sens général englobant tout canon disposant d'une façon générale ou dans un cas particulier (3).

Pour Alexander Tartagnus, si une sentence judiciaire portée à l'encontre d'une règle de droit est nulle, une raison exprimée dans la sentence et qui motive une exception, peut écarter cette nullité (4).

Aegidius Bellamera reconnaît formellement l'autorité de la loi aux règles de droit. Paul, selon lui, a été mal compris par les glossateurs : celui-ci veut dire simplement que la règle de droit a été tirée des lois, exactement comme une conclusion découle de prémisses. Il faut donc reconnaître aux règles de droit l'autorité du droit lui-même (5).

Le Panormitan note que des exceptions peuvent être apportées aux règles, bien que celles-ci soient régulièrement vraies (6).

Decius, par contre, ajoute à la théorie quelques observations intéressantes. Il estime obligatoire le recours aux principes de droit, quand les cas particuliers ne sont pas résolus par la loi ; c'est là une conclusion qu'il explicite du principe posé par Bartole (7). Il distingue entre une disposition régulière et une disposition générale : celle-ci seule, d'après lui, ne souffre absolument aucune exception. Puis, à propos des rapports entre la règle et ses exceptions, il juge que les exceptions s'opposent à la règle quoiqu'elles rentrent dans le même genre : on s'explique ainsi aisément qu'elles en précisent la portée, mais il ajoute : il semble inexact de dire qu'elles la confirment, puisqu'elles la restreignent. Il en tire la conséquence suivante : les exceptions à la règle peuvent être étendues analogiquement, sauf le cas où elles sont tout spé-

(1) Idem. o. c. In Dig. II. 11. *Si quis cautionem*. l. 13. *Quotiens*. n. 1.

(2) Idem o. c. Dig. II. 5. *Si quis in ius*. l. *Ex quacumque*. n. 1 s.

(3) Praepositus Mediolanensis. In D. III. c. 3. *Regula*. nn. 1, 3.

(4) Al. Tartagnus. *Consilia*. Cons. 43.

(5) Aegidius Bellamera. *Commentaria*. Ad D. III. c. 3. *Regula*.

(6) Panormitanus. In X. II. 6. *Ut lite non contestata*. c. 5. *Quoniam*. n. 1 s.

(7) Ph. Decius In titulum « *De regulis iuris* », in rubricam n. 3.

cialement prévues ; en effet, l'exception est faite pour restreindre l'étendue de la loi et non pour accroître son extension. Ainsi, de même que la règle ne s'applique pas aux exceptions, elle ne peut s'appliquer aux cas semblables à ces exceptions (1).

H. Cagnuolo reprend une fois de plus toute la doctrine précédente, il reproche cependant à Decius d'opposer une disposition régulière à une disposition générale. Ni l'une, ni l'autre, proclame-t-il, ne souffrent exception (2). De fait, depuis la distinction de Dynus, cela pouvait se soutenir dans une certaine mesure pour les règles. D'ailleurs le texte du c. *Venerabilem* les assimile.

Alciat pourtant rompt avec la tradition des glossateurs sur ce point comme sur la plupart des autres (3). A propos du sens de « regula » défini par les Pandectes, il repousse aussi bien la solution de Placentin que celle de Ioannes Bassianus. L'un et l'autre, dit-il, donnent une définition qui ne s'accommode pas du texte de Paul. Le terme « causa » doit s'entendre dans le sens ancien, c'est-à-dire d'une proposition générale dont on tire argument. Aussi, lit-il non plus « coniunctio causae », mais « coniectio causae » (4).

Iacobus Gothofredus est parmi les romanistes de la nouvelle école celui qui a fait le plus important traité sur le titre « De regulis iuris ». Il n'apporte cependant aucune modification essentielle à la théorie établie. Après s'être prononcé en faveur de la correction faite par Alciat au texte de la définition de Paul, il énumère les effets des règles de droit, et, entr'autres, spécifie que le juge a l'obligation de suivre la règle de droit, quand la partie adverse ne peut prouver l'exception qu'elle allègue en sa faveur (5). Il reproche ensuite à Raewardus (6) de diminuer l'autorité des règles de droit relativement à celle qu'il reconnaît à la loi et aux plébiscites. Il avoue pourtant que des abus s'étaient glissés et qu'une trop grande importance leur était attribuée. Puis il approuve, mais sans la citer, la rectification introduite par Aegidius Bellemera au sens de la phrase : *regula ex iure sumitur*. Ces mots visent l'origine de la règle, ils n'ont nullement trait à son application. Il est aussi de l'avis de Decius sur les exceptions à la règle : il est inexact de dire qu'elles la vicient, elles la précisent et l'explicitent plutôt. Enfin, après avoir rappelé les dangers qu'offre le recours aux principes de droit, il énonce quatre règles qu'il ne faut pas perdre de vue : il faut d'abord bien faire attention à l'espèce qu'elles concernent, ainsi, voir si elles regardent le culte divin, le droit naturel ou le droit privé, car les principes régissant chacune de ces catégories sont différents ; en second

(1) Idem. o. c. n. 14.

(2) H. Cagnuolo. *De regulis iuris interpretatio*, n. 3 s.

(3) A. Alciat. *Opera omnia. Parergon*. L. V. c. 1.

(4) Tel est bien le texte authentique d'ailleurs.

(5) Iacobus Gothofredus. *Opera iuridica minora*. In tit. *Pandectarum « De diversis regulis iuris antiqui »*, p. 729 s.

(6) Iac. Raewardus. *De diversis regulis iuris antiqui*.

lieu, il faut bien noter la matière qu'elles embrassent, afin de ne pas les étendre au delà de celle-ci sans nécessité ; il faut préciser leur raison et leur cause finale, et enfin, ne pas omettre l'équité qui devra toujours pour une raison ou une autre, en faire fléchir la rigueur.

§ V. — RÈGLES ET MAXIMES DE DROIT

A la même époque, Massé, plus théoricien, insiste sur le caractère spécifique qui distingue les « *regulae iuris* » des maximes et des axiomes de droit : l'identité de raison (1). C'est elle qui constitue la force de la règle. Aussi reproche-t-il au Panormitan de mettre surtout en relief sa généralité. Ce qui constitue à proprement parler la règle de droit est l'union de différents cas par l'identité de raison ; de là vient leur valeur. En outre, les règles doivent être prouvées, alors que les maximes ne sont pas susceptibles de preuve (2).

Reiffenstuel traite cette théorie d'une manière magistrale (3). Il insiste sur la division des règles de droit en authentiques et non authentiques. Les premières ont force de loi dans les cas imprévus, elles ne créent cependant pas un droit nouveau. Elles ont force de loi car elles viennent du droit constitué, sont insérées dans un titre spécial (4). Les secondes sont contenues dans des brocards et ont été découvertes par la doctrine. Sans avoir force de loi, elles ont néanmoins grand poids et une certaine autorité en matière de preuve. En effet, il est toujours admis que celui qui invoque un principe de droit est déchargé du fardeau de la preuve. Mais, comme toute règle, elles comportent des exceptions qui proviennent de ce qu'elles ont été dégagées de matières très étendues ; il faut ainsi prendre garde aux divergences dans les raisons d'être et dans les lois elles-mêmes. Elles sont d'ailleurs loin d'infirmar la valeur de la règle, elles la précisent au contraire. Bien plus, elles la confirment, puisque, si une espèce ne rentre pas dans les exceptions, le législateur est censé confirmer celles qui s'y trouvent incluses. D'ailleurs les termes généraux doivent s'entendre dans toute leur amplitude. Il faut cependant assimiler aux exceptions les cas qui leur sont absolument semblables ou ceux qui conduisent à des conséquences absurdes ou invraisemblables (5).

Schmier, un peu plus tard, ajoutera que l'autorité purement privée des brocards et des axiomes de droit leur vient ou bien d'arguments juridiques ou des principes d'autres sciences. S'il en est qui ont la

(1) Ant. Masse. *De exercitatione*. I. n. 59.

(2) Idem. o. c. l. c. n. 62.

(3) A. Reiffenstuel. *Ius canonicum universum*. Tract. de *Regulis*.

(4) Idem. o. c. nn. 9, 10.

(5) Idem. o. c. l. c. n. 12

même force que les règles de droit, elles tirent celle-ci du droit positif, de la coutume ou de l'évidence (1).

Zech (2) fait surtout ressortir le danger que présente un emploi indiscret de ces principes : il ne faut pas les étendre indistinctement d'une matière à une autre, ni les considérer comme des principes absolus, bien au contraire, en les utilisant, il faut prendre garde aux circonstances de personne, de lieu et de temps. Les exceptions doivent être faites en tenant compte de ces deux ordres de considération.

Ainsi le droit ancien est-il arrivé à déterminer, avec le fondement du principe général de droit, les cas et la mesure dans lesquels il y avait lieu de lui attribuer une certaine efficacité.

(1) F. Schmier. *Ius Tract. praecamb.* Cap. III. S. 3. § I, n. 95.

(2) F. X. Zech. *Praecognita*. §§ 528 sqq.

CHAPITRE II

L'influence exercée par les « *regulae iuris* »

Déterminer l'influence exercée en matière méthodologique par les principes généraux du droit est plus malaisé par suite de l'absence de travaux de détails sur ce point. Il est cependant possible de mettre en relief les traits principaux qui montrent leur importance. Celle-ci fut considérable. Cela résulte de la méthode elle-même utilisée dans l'ancien droit, des jugements formulés par les juristes eux-mêmes, des recommandations faites par les auteurs de méthodes juridiques, comme aussi du grand nombre de recueils de principes généraux qui ont été publiés. Une série de jugements rendus par le Tribunal de la Rote le met pratiquement en évidence.

§ I. — LA MÉTHODE ET LA PRATIQUE DES JURISTES

Au moins jusqu'à la renaissance romaine du XV^me siècle, la seule méthode employée par les docteurs était la dialectique. Or, le travail principal de la dialectique est la systématisation du droit. Réduire les canons, les lois à leurs principes était le grand souci des dialecticiens (1). Cette préoccupation est trop évidente pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Déjà avant Irnérius, les premiers linéaments de cette méthode se trouvaient dégagés : dans la Glose de Turin aux Institutes sont rassemblés les passages parallèles, définitions, conciliations et antinomies (2). Dans la Glose d'Irnérius sur les Authentiques, on rencontre des déductions de principes généraux (3). Que de fois les gloses ne notent-elles pas, et avec quel soin, les solutions semblables rendues par le législateur (4). Celles-ci donnaient immédiatement naissance à un principe.

(1) Cf. conrat. *Geschichte der Quell. und Litter. des RR in früh. MA.* I. pp. 108-110, 312 s.

(2) Cf. B. Brugi. *Per la storia.* IX. p. 12 s.

(3) L. Chiappelli. Glosse d'Irnerio. *Memorie Classe sc. mor. RA. Lincei.* p. 195.

(4) F. C. Savigny. *Histoire du droit romain*, t. III. p. 116. Il cite Hugolin expliquant sa méthode : ...3° Argumenta ad causas de facto annotamus quae loci generales vel generalia vel vulgariter brocarda vocantur ?

P. Lorioz dans son « *De modo studendi* », conseille aux étudiants de recueillir chez les grands commentateurs les règles générales qu'ils eurent, ainsi que leurs exceptions (1). Schmier fait plus tard la même recommandation (2).

Si, en droit civil, il y eut assez rapidement une réaction contre les abus de la dialectique, elle fut surtout le fait de l'école romaniste française, et ne devait affecter que dans une faible mesure l'école italienne. Or, le droit canonique n'en a guère subi le contre-coup et reste attaché à l'ancienne méthode.

L'influence des « *regulae iuris* » et des brocards doit avoir été considérable, et il est facile de le constater.

Elle ressort des gloses nombreuses qui les rassemblent et montrent toute la valeur que les auteurs leur attribuaient en fait. Il faut y ajouter les brocards qui, moins précis peut-être, n'en étaient pas moins fréquemment employés et avaient le même objet (3).

Cette multiplication de principes, de règles, de brocards compliquait toutefois singulièrement l'étude du droit. D'autant que trop souvent les auteurs se laissaient séduire par la facilité de les alléguer sans vérification de leur application correcte (4). Cinus et Jason témoignent des protestations que soulevaient ces pratiques. Le premier, élève cependant de Dynus Mugellanus, l'un des plus célèbres commentateurs de règles du droit, disait que l'application purement externe des règles (et elle se faisait souvent) était très dangereuse et réduisait la science à n'être qu'un mécanisme sans âme (5). Il était plus dur encore pour les brocards : « *hæc via est brocardica, et ideo semper dubia* » (6).

Felinus Sandaeus disait : Malheureux celui qui ne sait pour justifier sa solution, n'apporter que des principes généraux (7). Cujas n'était pas d'un avis différent : les arguments tirés des principes de droit sont de faible valeur et dangereux à manier. Ainsi la règle « *Beneficium invito non datur* ». Or la liberté est un *beneficium*, arguait-il, et cependant elle peut être accordée à quelqu'un malgré lui (8). -

Malgré cela, les docteurs admettaient la grande utilité de ces règles. Decius fait remarquer qu'elles sont très fréquemment alléguées dans les décisions (9). Reiffenstuel partageait cet avis et en donnait trois raisons : elles sont d'abord d'un grand secours pour aider la mémoire du juriste. Ensuite, à cause de l'interpénétration de ces règles et grâce aux exceptions qu'elles apportent les unes aux autres dans toute la

(1) P. Lorioz. *De modo studendi*. p. 12 s.

(2) F. Schmier. o. c. l. c. n. 90.

(3) Voir quelques pages capitales sur ce point dans P. de Tourtoulon. II. p.

(4) B. Brugi. *Per la storia*. VII. p. 89 s.

(5) Cinus. In Cod. II. 13. *De procurat.* l. 17. *Invitus*. n. 6.

(6) Idem In Cod. I. 1. *De Summa Trinitate*. l. 4. *Nemo clericus* n. 5.

(7) Suivant Iac. Gothofredus. o. c. l. c. n. 4.

(8) Suivant H. Canisius. In tit. *De reg. iuris*.

(9) Ph. Decius. In titulum « *De regulis iuris* ». In rubricam. n. 5.

matière du droit, elles sont un précieux auxiliaire dans la solution des cas omis par le législateur. La loi prévoyait, en effet, qu'il fallait résoudre ces cas par les solutions données dans les cas semblables, et précisément les règles de droit étaient souvent des collections de cas semblables puisqu'elles en sont retirées (1). On voit de quelle utilité elles étaient pour le juge. Enfin, elles assuraient à ceux qui les invoquaient un argument et reportaient sur l'adversaire le fardeau de la preuve ; chacune des parties avait intérêt à les invoquer. Aussi de nombreux axiomes constataient-ils l'influence pratique qui leur était réservée : *Regulae standum est donec contrarium probetur...* *Regulae standum est donec de fallentiis constet...* *Ratio sumpta ex regula fortissima est...* *Qui habet regulam pro se dicitur fovere ius certum...* *Regulae iuris sunt a quibus in dubio recedendum non est...* *Qui cum regula ambulat tuto ambulat* (2).

§ II. — LES RECUEILS DE RÈGLES DE DROIT

Cette importance est attestée dans les innombrables recueils qui ont accumulé les règles de droit, brocards, conclusions du droit, depuis la renaissance romaine de la fin du XI^m siècle, depuis les recueils de brocards d'Othon de Paris et de Pierre de Blois (3) pour le droit civil et les *Distinctiones* de Richardus Anglicus pour le droit canonique (4). Le plus célèbre pour le droit civil fut celui d'Azo, et pour le droit canonique après celles de G. Durandus, les 125 règles de Damasus remaniées et augmentées par Bartholomaeus Brixiensis. Dès l'aurore de la science, apparaissent ces premiers essais de systématisation qui furent fréquemment réédités dans la suite.

Mais ces brocards ou ces principes de droit ne se contentaient pas d'énoncer les principes dégagés par la doctrine. A cause de leur nombre et aussi à cause de leur imprécision, force fut de les délimiter plus nettement : aussi, avec Bartholomaeus Socinus commencèrent des extensions de règles et des limitations. Celles-ci trouvèrent leur apogée dans les immenses recueils du XVII^m siècle comme celui du Cardinal Tuschus où chaque conclusion juridique est successivement amplifiée et limitée de manière à ne pas laisser inexploré le moindre coin du système canonique.

(1) A. Reiffenstuel. *In tit. De reg. iuris.* n. 13.

(2) B. Duballet. *Cours complet de droit canonique.* t. III. p. 510.

(3) Th. Reimarus Petri Blesensis *opusculum de distinctionibus in canonum interpretatione adhibendis in Speculum iuris canonici.* Berlin. 1857.

(4) J. F. Schulte. *Die Geschichte der Quellen.* I. p. 183.

CHAPITRE III

Théorie des principes généraux du droit après le Code

Quelle théorie des principes généraux peut se tirer des données précédemment exposées ? Cette question comporte l'examen de plusieurs points : que faut-il entendre par l'expression « *generalia iuris principia* », puis, quelle est la nature et l'élément capital de ces principes, ce qui permettra de déterminer ensuite leur valeur. Enfin, pourra être précisée la portée du rôle qu'ils sont appelés à jouer en droit canonique.

§ I. — LEUR ORIGINE

Qu'entend le Code tout d'abord par l'expression « *generalia iuris principia* » ? De quel « *iur* » parle-t-il ? A quel droit doivent être pris ces principes ? Une controverse assez vive s'est engagée sur ce point : nous examinerons les théories en présence, puis nous déterminerons la réponse qui nous paraît seule admissible.

Pour les uns, notamment Vermeersch, Ojetti, d'Angelo, Michiels (1), les principes tirent leur origine, non seulement de la législation positive, mais aussi du droit naturel : celui-ci sert de *substratum* aux règles du droit positif, et quand ces dernières font défaut, il ne reste plus qu'à recourir au droit naturel. D'autres, sans pour cela refuser toute application du droit naturel, entendent l'expression du Code des seuls principes du droit positif. Ceux-ci peuvent d'ailleurs être entendus d'une manière différente, soit des seuls principes du droit canonique (2), ou bien également du droit civil ou du droit romain (3), mis à contribution

(1) A. Vermeersch-J. Creusen. *Epitome*, I⁴, n. 99. — B. Ojetti, *Commentarium*, I, p. 150. — S. d'Angelo, *Le lacune*, I, p. 76 s. — G. Michiels, *Normae*, I, p. 463 s. — P. Fedele, *Generalia*, p. 20 s.

(2) M. Falco. *Introduzione*, p. 103 s. — A. Toso, *Commentaria*, I, p. 62. — A. Blat, *Commentarium*, I, n. 77. — Ph. Maroto, *Institutiones*, I, n. 385. — Ch. Augustine, *A commentary*, I⁵, p. 100. — H. I. Cicognani, *Ius*, II, p. 135 s. — A. Van Hove, II, p. 328.

(3) F. M. Cappello, *Summa*, I, n. 90. — I. Chelodi-E. Bertagnolli, *Ius*, n. 68. — F. Claeys Bouñaert-G. Simenon, *Manuale*, n. 175. — A. de Meester, *Iuris*, I, n. 276. — Matthaeus Conte a Coronata, *Ius publicum*, n. 192. — B. Ojetti, *Commentarium*, I, p. 150.

l'un et l'autre, pour l'élaboration du Code. En outre, Pacchioni soutient, en droit italien, qu'il est possible de faire appel également à des principes admis par la jurisprudence (1). Dabin enfin les comprend historiquement (2). Tels sont les différents systèmes invoqués pour désigner les sources d'éléments rationnels auxquels le juge peut avoir recours. Lequel est seul admissible ?

Le premier point de vue soutenu avec éclat par Del Vecchio (3) nous paraît insoutenable en droit canonique. Non que cette conception n'exerce un indéniable attrait : le principe de droit n'est pas simplement formé par la collection des lois qui ont servi à l'établir, il pénètre profondément la nature elle-même du droit, en exprime mieux l'esprit et la substance, et illumine ainsi les règles particulières elles-mêmes dans lesquelles il se retrouve implicitement ; il en assure une plus exacte et plus équitable application. Néanmoins, ce n'est pas le droit naturel qui semble visé par l'expression du canon 20. D'abord, le texte ajoute : « *aequitate servata* », et l'on conçoit mal que l'équité puisse venir modifier les principes d'un droit naturel non exprimé dans la loi, donc déjà équitable par lui-même. En outre, les lois elles-mêmes sont déjà des déterminations du droit naturel, et par conséquent, de toute manière, les principes sont eux aussi des déterminations du droit naturel, plus générales peut-être et moins précises que les déterminations légales. Il n'est donc pas nécessaire de recourir au droit naturel pour expliquer cette expression. Enfin, l'une des fonctions du principe général est d'intégrer une solution dans la législation positive ; nous nous demandons comment un élément de droit *naturel* peut intégrer une solution (juridique) dans l'ordre juridique *positif*.

Les mêmes raisons apportées dans la partie précédente pour repousser l'application directe du droit romain ou du droit civil valent à plus forte raison pour leur extension analogique. Ni le droit romain, ni le droit civil ne peuvent, hors les cas nommément prévus par le Code, être appliqués à une matière canonique (4). Enfin, les principes généraux, est-il communément admis, ont pour but d'intégrer certaines solutions réclamées par de nouvelles hypothèses, à l'intérieur du système canonique, et comment donc aura lieu cette intégration s'il est fait appel à des principes étrangers au droit canonique ? seuls des principes formellement canoniques peuvent intégrer une solution dans le droit canonique.

(1) G. Pacchioni, *I principi generali*, Arch. giur. p. 133 s.

(2) J. Dabin, *Philosophie*, p. 239. — E. Brugi, *I principi generali*, Arch. giur. 1923, vol. XC, p. 160 s. — A. Checchini, *Storia e interpretazione*, Arch. giur. ib. p. 214 s. — P. Vinogradoff, *Les principes historiques*, p. 12 s. ; 35 s. ; 180 s.

(3) G. del Vecchio, *Sui principi*, Arch. giur. 1921, vol. LXXXV, p. 33. — Cet article, en raison de son retentissement, a paru traduit en français avec une importante préface de R. Demogue. Il a été reproduit enfin dans les *Mélanges Gény*, II, p. 70 s.

(4) A. Van Hove, II, p. 328 s.

La théorie de Dabin est seulement prévue dans la mesure indiquée au canon 6. La tradition est muette (1) au canon 20 sur la signification qu'il lui attribuerait.

En conséquence, la seule théorie admissible est celle de principes généraux tirés par voie d'abstraction et de généralisation de la législation canonique elle-même (2). Les principes visés dans le canon 20 sont des principes formellement canoniques ; et les principes des droits naturel, romain ou civil ne peuvent être admis que dans la mesure où ils font partie du système canonique. Par contre, tout ce qui se trouve dans la législation canonique positive peut donner naissance à des principes généraux entendus même dans un sens très large. Ainsi, ils peuvent comprendre non seulement des principes juridiques, mais des principes logiques ou théologiques, des brocards, des proverbes, bref, tout élément général qui peut être appliqué et donc dégagé du droit positif canonique.

§ II. — LEUR FONDEMENT

La détermination de ce qu'il faut entendre par principes généraux du droit étant faite, il devient possible de préciser quel en est le fondement. Ainsi sera indiqué le motif de leur utilisation juridique. Pour la loi, nous l'avons vu, le fondement se trouve et dans la raison et dans la volonté du législateur. En est-il de même pour les principes généraux du droit ? d'où vient leur force ? Nous allons retrouver ici la *ratio legis* comme dans la loi et l'analogie.

L'élément qui frappe dès l'abord dans les principes est leur généralité. Ce point a été mis en relief par l'historique qui en a été fait. Les auteurs notent tous leur caractère général et leur concision. Comment cette généralité est-elle obtenue ? comment arriver à cette réunion de plusieurs lois en un principe ? Ce dernier ne fait que constater et consacrer l'unité de raison sous-jacente à plusieurs règles législatives. Ce serait en effet une erreur de le réduire à cet élément purement matériel, qu'est la généralité. Le principe ne constate pas l'identité matérielle de plusieurs règles légales : réduit à cette identité, le principe ne serait qu'une source d'erreurs. Ce qui lui confère sa valeur c'est la raison pour laquelle chacune des dispositions a été prise, raison qui se retrouve identique en d'autres et qui a abouti au même effet en chacune des hypothèses. Tel est l'élément capital d'un principe de droit, ce qui lui donne sa force et fait sa richesse.

(1) Au sens d'un recours à des principes admis dans l'ancien droit et qui n'auraient pas été reconnus dans le Code. Il va sans dire que le juge aurait cependant à en tenir compte dans l'élaboration de la norme nouvelle.

(2) Telle est la doctrine communément suivie d'ailleurs aussi en droit civil. — G. del Vecchio, *o. c. l. c. p. 1*. — Baudry-Lacantinerie, *I. p.* . — I. Miceli, *I principi generali*. *Riv. di dir. civ.*, 1923, p. 123 s.

Le processus qui l'engendre est ainsi double : induction et généralisation ; en plusieurs matières, il y a identité de disposition pour une raison identique ; de cette similitude collective, la doctrine passe à la généralisation, à l'exclusion de toute exception, en vertu du raisonnement suivant : quand plusieurs situations sont semblables et exigent une solution identique, la disposition qui les règle doit être identique. La raison en est encore une fois l'équité qui postule pour des situations semblables des solutions semblables (1). Ainsi les principes généraux plongent leurs racines au plus profond du sol juridique, puisque l'égalité naturelle en exige l'établissement.

La détermination de ce point est d'une importance capitale pour la valeur et les applications de ces principes.

§ III. — LA VALEUR DES PRINCIPES

Dans quelle mesure sont-ils susceptibles de remplir leur fonction intégratrice avec l'exactitude requise ? comment s'assurer que la solution apportée est la solution vraie ? Pour mieux apprécier cette valeur, nous insisterons successivement sur la *ratio legis* qui la précise, puis sur la nature des exceptions qui la font ressortir.

Le principe est formé par la coexistence de plusieurs lois ayant une *ratio legis* identique : le passage des règles particulières à la règle de droit qui est générale trouve sa limite dans l'identité de *ratio legis* : si celle-ci ne se vérifie pas, le principe ne peut s'appliquer.

La légitimité d'application d'un principe, voire même sa nécessité, dépend donc de l'identité de raison qui en est le fondement prochain. Les docteurs affirment d'un principe qu'il est général (2) simplement dans la mesure où la raison identique se retrouve dans les cas visés. Cette réserve est extrêmement importante à mettre en relief. La nécessité qui procède de la généralité connaît la même mesure, c'est-à-dire l'identité de raison ou de but. De part et d'autre, se retrouve en effet la même équité qui seule peut justifier l'identité de solution. La force d'un principe est donc toute relative (3). En outre, nous avons déjà noté la faiblesse de l'argumentation tirée de la *ratio legis* : cette dernière ne peut d'abord qu'être difficilement connue ; enfin, les conditions dans lesquelles elle se réalise dans la nouvelle application ne sont-

(1) Ceci nous semble indiscutable. — Cf. pourtant P. Fedele, *Principia*, p. 22, qui trouve cette solution peu scientifique et recherche un principe d'unité. Ce dernier se trouve, à notre avis, dans la consécration donnée à ces principes, un peu divers peut-être, dans le corps du droit canonique.

(2) Cf. le même fondement ultime de l'analogie p.

(3) Voir la critique de P. de Tourtoulon, II, p. 394 s. De fait, quelle valeur peut avoir un principe comme par exemple : *Solus cum sola non dicunt Ave Maria*, si l'on fait abstraction de sa raison d'être pour ne considérer que sa généralité ? — Cf. sur la valeur des brocards, R. v. Ihering, t. I, p. 31 s.

elles pas de nature à faire ressortir une différence avec l'hypothèse prévue par la loi (1). Aussi les canonistes ne peuvent-ils que reprendre le texte des Pandectes affirmant que les principes généraux ont des exceptions fréquentes et qu'il est impossible de trouver un principe sans exception (2). Déterminer la nature de celles-ci précisera mieux encore la valeur qui peut être accordée aux principes.

Les exceptions embrassent les cas où il n'y a pas lieu d'appliquer un principe de droit. Elles peuvent se produire dans trois circonstances : lorsque la loi les prévoit nommément, puis lorsque la *ratio legis* n'est pas absolument identique, enfin par équité ou épikie, c'est-à-dire en raison de circonstances spéciales de lieu, de personne, de temps. La classe d'exceptions la plus importante est la seconde. Mais le point le plus intéressant à préciser est leur nature, c'est-à-dire leur rapport avec le principe dont ils sont l'exception. Elle se détermine de la manière suivante : l'extension d'une exception pouvait, suivant l'ancien droit, porter sur une hypothèse déjà résolue par le droit ou qui ne l'était pas (3). Dans la première hypothèse, il n'y avait lieu à aucune extension ; par contre, quand aucune réponse n'était fournie par le droit positif, une nouvelle distinction était faite : si l'exception indiquée dans la loi était prévue à l'exclusion de toute autre, il ne pouvait y avoir extension ; dans tous les autres cas, l'extension est possible pour identité de raison.

En conséquence, l'exception confirme la règle au seul cas d'exception exclusive ; dans tous les autres cas, par contre, ressort mieux encore l'identité de raison, base du principe général, comme elle l'est souvent dans l'analogie.

Ainsi est mis mieux en relief encore le caractère du principe général : il est la mise en œuvre d'une *ratio legis* identique, dont la détermination est parfois difficile. De là une double difficulté, celle de déterminer d'abord la *ratio*, puis l'identité du cas. La valeur du principe général semble bien faible.

Peut-on cependant en arriver à déclarer avec Van der Eycken que toute valeur doive être déniée aux principes généraux ? (4). Ce serait aller trop loin. Le principe général emporte, nonobstant sa faiblesse, une présomption de vérité en sa faveur. Jusqu'à plus ample informé, il doit être tenu comme assurant à l'hypothèse présentée la solution la plus vraisemblable (5). Ses conditions d'emploi, identité de raison et de situation, une fois réunies, la nature équitable du droit entraîne son application.

La valeur juridique que les principes de droit possèdent découle donc

(1) A. Checcini, *Storia et interpretazione*, o. c. l. c., p. 218.

(2) Dig. L. 17. *De div. reg. iur.* 202. *Omnis definitio.*

(3) H. Cagnolo. o. c. *Ad rub.* n. 37 s.

(4) P. Van der Eycken, p. 227.

(5) Sur les principes du droit canonique, voir U. Stutz. *Der Geist der Codex*, p. 165. — *Zeitsch. für Sav.-Stift. Kan. Abt.* VII, 1917, p. 185.

de la rigueur du raisonnement (1) par lequel la doctrine les a tirés des règles particulières, puis de l'identité de raison et de fin (2). Ces divers éléments une fois établis, rien ne s'oppose à ce qu'ils produisent des effets juridiques, mais la valeur et la portée de ces derniers dépendra strictement de chacun des éléments qui s'y trouvent, et surestimer ces derniers serait s'exposer à de graves mécomptes.

§ IV. — LES EFFETS DES PRINCIPES

Ces effets juridiques ne sont plus rappelés par le canon 20. Mais le seul fait d'avoir rappelé l'existence des principes généraux ou des règles de droit autorise dans une certaine mesure à maintenir les effets attachés à leur existence (3).

Leur effet principal portait tout particulièrement sur la charge de la preuve. Celui qui pouvait alléguer en sa faveur un principe de droit avait une « *intentio fundata in iure* ». Cette « *intentio* » emportait à son profit un avantage appréciable, une présomption de droit. La charge de la preuve retombait donc sur son adversaire. Il faut tenir pour la règle, tant que l'exception n'est pas prouvée.

Il s'ensuivait pour le juge une certaine obligation de décider en faveur de celui qui était avantagé par la règle de droit. Il ne serait pourtant plus admissible, aujourd'hui comme sous l'ancien droit, d'en conclure à la nullité d'une sentence contraire. Un texte formel fait défaut, et d'ailleurs cette conclusion n'était pas indiscutée.

Enfin la règle de droit l'emportait, comme le note Everardus (4), sur l'opinion commune des docteurs. On pourrait admettre le maintien de cet effet à l'époque actuelle. Le texte du canon 20 paraît y autoriser. Néanmoins, il est facile de reconnaître la faiblesse d'un pareil argument. D'abord, le fondement de l'opinion commune, nous le verrons, consiste précisément dans les raisons sur lesquelles elle s'appuie et ces raisons seront très souvent des règles de droit. En outre, cette façon de procéder est trop formaliste pour qu'un esprit sérieux puisse s'y arrêter.

Tels sont les traits les plus caractéristiques qui nous paraissent constituer à l'époque actuelle la théorie des principes généraux du droit. On a noté leur influence psychologique qui est considérable sans nul doute, l'histoire est là pour le prouver. Mais, au strict point de vue juridique, toute l'argumentation basée sur les principes de droit repose sur l'identité de raison ; il n'est personne qui ne se rende compte de ce que cette assise a de fragile et d'incertain, tant que n'a pu être établi un faisceau de données suffisamment fort pour faire ressortir l'absolue identité des situations.

(1) P. Condamine, *Essai sur la théorie juridique*, p. 27 s.

(2) N. Falck, *Introduction générale*, p. 128, p. 131.

(3) Sur leur intérêt au point de vue de la science du droit, P. de Tourtoulon, II, p. 395. — J. Austin, *La philosophie du droit positif*, p. 17 s.

(4) N. Everardus. *Loci*, I. 9. n. 16.

SECTION III

L'équité canonique

Le grand danger qu'offre le recours à l'équité est son imprécision. Que l'emploi de l'équité soit inévitable, personne ne le niera ; la difficulté est d'en déterminer la mesure : quelle part peut-on laisser dans l'application de la loi à l'appréciation du juge, à son « prudens arbitrium », sans l'exposer à méconnaître les règles de la justice et les droits des justiciables ?

Dans le droit canonique et dans les autres législations, la notion d'équité semble bien vague. Dans les textes du Corpus iuris canonici, comme chez leurs commentateurs, elle a revêtu des formes diverses. La notion primitive est celle de miséricorde et de bénignité. Elle s'est développée en celle d'équité sous l'influence du droit romain qui lui a fourni et le nom et le cadre, et fut complétée grâce à la conception aristotélicienne et thomiste de l'épikie. L'influence de ces facteurs n'a pas été tant d'introduire diverses espèces d'équité, que d'en préciser la notion, pour autant qu'on puisse parler de précision en un domaine qui par sa nature échappe à des règles bien définies.

L'équité du droit canonique est celle du droit romain, mais imprégnée de l'esprit du christianisme, un esprit de miséricorde et de bénignité ; nous traiterons ainsi successivement de l'équité chez les canonistes du XI^me et du XII^me siècle, puis de l'équité romaine, en troisième lieu l'influence exercée par les romanistes sur les canonistes sur ce point, et la doctrine suivie au Moyen-Age. Avec le XVI^me siècle s'introduisit la conception de l'épikie, celle-ci jointe aux précédentes, nous indiquera la manière d'interpréter le Code.

CHAPITRE PREMIER

Le concept d'équité

chez les canonistes du XI^e et du début du XII^e siècle

Est-il possible de dégager des écrits canoniques du XI^me et du début du XII^me siècle quelques linéaments de la doctrine qui sera suivie plus tard en matière d'équité ? ou bien faut-il admettre que le concept d'équité du droit canonique a été entièrement tiré du droit romain ? telle est la question (1) à laquelle nous tenterons d'abord de répondre.

Sur un point, la réponse n'est pas malaisée : les premiers canonistes ont, en raison des circonstances de l'époque, au moins substantiellement, connu une conception se rapprochant fort de celle de l'équité dans l'opposition « misericordia-rigor ». Le mot n'y figure pas ? peu importe, du moment que la chose s'y trouve. A un second point de vue, il est indéniable que les premiers canonistes ont eu connaissance d'une notion d'équité-justice, quoiqu'ils ne paraissent pas lui avoir attribué toute l'importance à laquelle elle a droit.

§ I. — LA « MISERICORDIA-RIGOR » AUX XI^me ET XII^me SIÈCLES

La notion d'équité, mais d'une équité miséricordieuse et portée à la bénignité existe chez les premiers canonistes, quoique dissimulée sous le terme de « misericordia ». Cette notion a été dégagée par les auteurs des collections canoniques sous la pression des circonstances au milieu desquelles ils vivaient. Aussi, est-il indispensable de donner un aperçu de la discipline ecclésiastique à la fin du XI^me siècle pour comprendre le développement et la naissance de cette notion.

A l'époque de la Réforme grégorienne se produisent deux faits d'une importance capitale : les textes scripturaires, patristiques, pontificaux ou conciliaires concernant la discipline sont réunis en des col-

(1) Consulter à ce sujet une intéressante dissertation, encore inédite, du R. P. B. Leclef, O. S. B. *La doctrine de l'équité au Moyen-Age*, Louvain.

lections d'un caractère spécial. On reprend dans leur ensemble les textes qui remettent en honneur la tradition ecclésiastique ; ces compilations sont faites avec un esprit et dans une tendance bien déterminés : il ne s'agit pas de réunir impartialement et objectivement les canons disciplinaires édictés sur tel ou tel point : il n'est pas question de rassembler indistinctement les décisions portées depuis plusieurs siècles sur un point de la discipline. La mentalité des compilateurs et des auteurs de collections canoniques est toute autre. Ils veulent, non pas faire œuvre d'historiens, mais chercher dans le passé des arguments pour soutenir l'idéal de la Réforme grégorienne, qui, suivant eux, s'impose (1). Aussi, n'ont-ils cure des divergences qui peuvent exister dans les textes dont ils extraient les canons. Sans hésiter, ils prennent les passages qui favorisent leurs idées et laissent de côté les textes qui leur sont moins favorables. Aussi, les collections canoniques de la Réforme grégorienne portent-elles toutes dans leur ensemble le même cachet rigoureux, autoritaire et sévère (2). L'unification étant ainsi faite, il n'y avait aucune raison de chercher à concilier les textes : le problème ne se posait pas.

Tous ces textes, aussi vénérables par leur autorité que par leur ancienneté, avaient puni la simonie, réclaté la liberté des investitures, imposé le célibat ecclésiastique, exalté l'autorité du Pape, prouvé le pouvoir coercitif de l'Eglise, rappelé la portée et les conséquences des excommunications. Néanmoins, à côté des canons qui appuyaient la Réforme grégorienne, il y en avait dans la tradition canonique beaucoup d'autres bien moins stricts. Comme ils remontaient à des sources identiques, ils ne tardèrent pas à rejoindre les premiers dans les collections plus récentes. De quel droit, en effet, pouvait-on écarter des règles disciplinaires divergentes ? pourquoi accepter les unes et en écarter d'autres provenant de la même source et offrant, par conséquent, les mêmes garanties ? Aussi, dans les collections canoniques postérieures, d'autres textes ne tardèrent pas à rejoindre ceux qu'avaient admis les réformateurs. Leur tendance n'était pas aussi sévère, ni aussi rigoureuse que celle des canons rapportés par les grégoriens.

De nouvelles collections (3) portent ainsi l'empreinte très nette de deux tendances. Il allait falloir choisir entre elles, les mêmes questions étant réglées par des dispositions contraires. Pouvait-on les maintenir ensemble ? ou bien, suivant l'idéal de la Réforme, fallait-il supprimer les lois gênantes pour s'en tenir exclusivement à celles qui favorisaient la politique du moment ?

Le Pape Urbain II pencha pour la première solution. Les principes grégoriens et, avec eux, la Réforme, avaient triomphé : il jugea inutile

(1) E. Voosen, *Papauté et pouvoir civil*, pp. 90 s.

(2) Fournier-Le Bras, II, 54.

(3) P. Fournier, *ib. id.* 156. — P. Fournier-G. Le Bras, I, p. 420. — II, pp. 51

de maintenir les rigueurs que les circonstances avaient exigées quelques dizaines d'années auparavant. Il était temps d'en revenir à la politique traditionnelle de l'Eglise faite de fermeté quand il le fallait, mais d'une fermeté qui se laissait d'ordinaire tempérer par une bienfaisante charité (1). L'autorité pontificale choisissait donc la conciliation. Au lieu de négliger les textes peu favorables à la Réforme, il fallait leur laisser la place à laquelle, somme toute, ils avaient droit. Dès lors, un nouveau travail allait s'imposer aux canonistes (2) : concilier les divergences que contenait la législation ; et comment concilier ces tendances différentes ? quel principe utiliser pour expliquer l'existence et le maintien de solutions, sinon contradictoires, du moins contraires ? L'étude exacte et précise des règles disciplinaires allait le leur procurer, en mettant mieux en relief avec une application de la charité chrétienne un point essentiel de la religion. Ce principe de conciliation allait plus tard devenir principe d'interprétation, quand il ne s'agirait plus de compiler des collections, mais d'appliquer l'ensemble des canons de la législation existante : les décrétales édictées par les Pontifes romains. De Bernald de Constance à Gratien s'établit fermement un principe qui peu après serait repris sous le nom d'équité.

Bernald de Constance exprime cette règle de conciliation d'une manière seulement implicite. Au lieu de parler nettement d'adoucissement apporté en raison des circonstances à certaines décisions, il se contente d'insinuer que les motifs des décrets peuvent quelquefois influencer leur portée : « Hoc utique lectori multum intelligentiae suppediabit, si huiusmodi statutorum aequales causas singulari diligentia indagare non omittat » (3).

Yves de Chartes est plus explicite ; dans le célèbre prologue de sa Panormie (4), il déclare qu'il faut se garder de rejeter les textes qui paraissent obscurs ou inconciliables. Bien au contraire, il faut rechercher attentivement « quid secundum moderationem, quid secundum iudicium, quid secundum misericordiam, quid secundum rigorem ». Le contexte montre avec évidence que cette distinction est en réalité bipartite et se ramène à l'opposition de *rigor* et de *misericordia* (5).

Yves de Chartes explique cette règle en distinguant les lois immuables de celles qui peuvent varier suivant les circonstances : celles-ci sont susceptibles d'accommodements. Il ne manque pas de rappeler, à cette occasion, le principe fondamental qui est à la base des lois positives

(1) Voir surtout sa lettre à l'évêque de Pistoie. « Multa ecclesiae principes pro tenore canonum districtius iudicant, multa pro temporum necessitate patienter tolerant, multa pro personarum qualitate moderanter dissimulant ». S. Loewenfeld, *Epistolae Romanorum Pontificum ineditae*, p. 61.

(2) J. de Ghellinck, *Le mouvement théologique au XII^{me} siècle*, p. 49 et p. 331.

(3) Bernald de Constance, *De excommunicatis vitandis*, PL. 148, col. 1215.

(4) PL. 161, col. 47. — D'autres disent de son Décret.

(5) M. Grabmann, *Die Geschichte der schol. Methode*. I. p. 242.

canoniques : le salut des âmes (1). C'est pour permettre aux âmes de parvenir plus sûrement à leur destinée éternelle, que l'autorité ecclésiastique édicte des règles. Aussi, ces canons ne doivent pas être pour les âmes une occasion de péché (2). Il faut donc se garder d'être trop exigeant. N'en est-il pas ainsi du médecin qui varie ses prescriptions et ses remèdes suivant la maladie et l'état du patient ? De même, les médecins spirituels de l'Eglise « imposent les lois sévères de la pénitence pour la correction des cœurs durs et préfèrent les remèdes plus doux par égard pour la délicatesse du malade » (3).

Tout dépend ainsi de la cause qui fait agir le Supérieur (4). L'exemple qui sera dans la suite le plus fréquemment repris comme application de cette théorie d'Yves est celui de l'attitude diverse des Pontifes romains vis-à-vis des prêtres incontinents. Certains Papes ont exclu les fils de ceux-ci des ordres sacrés, non point qu'il y ait acception de personne auprès de Dieu, ni que les fils soient punis pour la faute de leur père, mais afin de protéger davantage la continence des autres. Dans certains cas, toutefois, la loi fut adoucie, et les Pontifes admirent au Sacerdoce, et même à l'Episcopat, des fils de prêtres (5).

Yves de Chartres remonte d'ailleurs à la racine et au fondement ultime du principe de conciliation qu'il invoque, en recourant à la charité : « Magister est charitas, quae salutem proximorum consulens, id praecipit aliis fieri, quid sibi quisque vult ab aliis impendi » (6). Les circonstances variant avec chaque cas peuvent exiger une solution différente. Le domaine dans lequel se meut Yves est supérieur à celui de la justice : comme il ne s'agit pas seulement des rapports de chrétiens entre eux, mais de leur attitude vis-à-vis des constitutions ecclésiastiques, et, comme celles-ci n'existent que pour le salut des fidèles, « mieux vaut tempérer les règles ecclésiastiques pour empêcher la ruine de la société chrétienne » (7). Aussi, il ne s'agit pas précisément de justice, mais avant tout d'opportunité, et, de ce point de vue, qui osera prétendre que la charité ne doive influencer la rigueur de certaines règles pour les adoucir ? Yves ne donne pas la définition de la « rigor », mais il entendait par là la discipline chrétienne, immédiatement fondée sur la Sainte Ecriture et les Pères. Il développe donc nettement la théorie de la « misericordia-aequitas » en droit canonique. Sans doute, la rigueur

(1) Epist. 60. PL. 162. col. 74. Cum ergo omnis institutio ecclesiasticarum legum ad salutem referenda sit animarum.

(2) Ep. 214. — PL. 162, Col. 218.

(3) Prologus Decreti. PL. 161. Col. 48.

(4) Noter cependant toute la différence qui sépare l'épique de cette conception : dans l'épique le juge excepte de l'application d'une loi un cas, qui s'y trouve nommément prévu ; dans l'hypothèse prévue par Yves, au contraire, il recourt à la cause de la loi : si elle est différente du cas qui se pose, la loi ne s'y appliquera pas. Il y a donc plutôt interprétation.

(5) PL. 161, col. 55.

(6) PL. 161, col. 47.

(7) Ep. 214. — PL. 162, col. 218.

reste de règle, elle reste le principe, elle reste la loi, mais certaines circonstances en doivent provoquer l'adoucissement au nom de la *charité chrétienne*.

N'est-ce pas en raccourci la théorie qui sera reprise plus tard et mise sous le nom d'équité ? Deux remarques sont cependant indispensables à ce propos : la loi peut être tempérée par la charité chaque fois que les circonstances paraissent l'exiger : c'est là une règle qui semblera un peu large ; de plus, ce n'est là qu'un principe de conciliation qui deviendra sans doute un peu plus rigide quand il s'agira d'interpréter les textes au lieu de les faire concorder entre eux.

Alger de Liège rappelle dans la première partie de son « Liber de misericordia et de iustitia » la même doctrine qu'Yves de Chartres (1). Il s'attache surtout à faire ressortir l'unité d'intention, puisque tant de canons édictent des dispositions contraires les unes aux autres (2). Abélard se contente de le rappeler sans insister sur son développement (3). Au moment où Gratien va composer le Décret, les premiers traits de la doctrine canonique sur l'équité sont donc bien nets : la loi n'est pas absolue, si elle est rigoureuse, elle souffre des exceptions que requiert la charité chrétienne en raison des circonstances. Ce n'est là sans doute qu'une esquisse, mais elle sera perfectionnée, dans le cours des siècles.

§ II. — L' « AEQUITAS-IUSTITIA »

Le mot *aequitas* se trouvait dans le vocabulaire courant des X^{me} et XI^{me} siècles pour désigner une justice faite surtout d'égalité. Il était impossible que les premiers canonistes ne l'aient noté ; pour faire partie du vocabulaire en usage, cette notion n'en est pas moins un concept d'ordre surtout juridique, puisque le droit a précisément pour objectif principal de réaliser sur terre la justice, dont l'égalité est une des premières conditions.

Les textes que les canonistes rapportent contiennent avec le mot « *aequitas* », la notion de justice telle que l'entendait le droit romain. Ainsi un texte d'Isidore (4), inséré plus tard dans le Décret (5), a été repris par Burchard de Worms (6). Dans le « De misericordia et iustitia » d'Alger de Liège se retrouve deux fois ce même terme, l'un dans un texte attribué au Pape Fabien (7), l'autre dans un passage de Saint Augustin (8). Le mot « *aequitas* » y signifie manifestement la

(1) J. de Ghellink, *Le mouvement théologique au XII^{me} siècle*, p. 331.

(2) PL. 180, col. 858.

(3) *Sic. et non.* p. 10 (Édit. V. Cousin, 1836).

(4) Sent. lib. III. *De summo bono*. c. 54.

(5) Dist. XLV. c. 10. *Omnis...*

(6) *Decretum*. PL. 16, c. 25.

(7) Epist. 2. n. 2. — PL. 180, col. 935.

(8) S. Augustin, *Contra Donatistas*. — PL. 180, col. 935.

justice. Fabien déclare : « iudices uti debent aequitate ». Alger de Liège commente ce texte de la façon suivante : « omnia ordinate et discrete debent fieri ». Peut-être pourrait-on déduire de ce « discrete » une tendance à la miséricorde, à la bénignité, une certaine adaptation aux circonstances ? Dans cette hypothèse, Alger de Liège aurait entendu « aequitas » dans le sens de la célèbre définition que donnera plus tard l'Hostiensis : « Aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata » (1). Le contexte semble toutefois s'opposer à une pareille interprétation. Alger lui-même insiste sur la nécessité de ne pas mêler des questions différentes en rendant la justice : « non debet induci confusio personarum et indiscretio querelarum, sed omnia ordinate et discrete debent fieri ».

Le texte d'Augustin concerne certainement l'équité-justice, puisque l'évêque d'Hippone y oppose « aequitas » à « iniquitas », et que « iniquitas » désigne à coup sûr l'injustice. Le contexte n'infirme d'ailleurs par cette interprétation puisque Saint Augustin vient de dire : « ...quia illud etiam in homine iusto et iniusto semper sancitum est et quod neque alicuius aequitate... ».

Dans le Capitulaire du Cardinal Atton, ainsi que dans le « De pressuris ecclesiasticis », le terme « aequitas » ne se retrouve pas (2). Et pourtant, s'il est une matière qui s'y prête, c'est bien celle-là : Atton traite « de iudiciis episcoporum ».

Les premiers canonistes ont donc connu à travers les écrits des Pères le concept romain de l'équité, mais l'état peu développé d'une science à ses débuts, n'a pas permis de donner à cette notion tout le relief auquel elle a droit dans un exposé approfondi. Cette importance de l'équité inaperçue aux X^{me} et XI^{me} siècles par les canonistes, sera mise en relief grâce à la Renaissance du droit romain, à la fin du XI^{me} siècle, dans les écoles de droit, où les canonistes la puisèrent.

Au XI^{me} siècle, les canonistes ont donc surtout accordé de l'importance à l'opposition « misericordia-rigor », qui exercera une grande influence sur la notion d'équité parce qu'elle s'identifiera avec l'opposition « aequitas-rigor » du droit romain. La conception d'« aequitas-iustitia » paraît cependant leur avoir été moins connue, au moins à cette époque, quoiqu'ils aient — et c'était inévitable — retrouvé dans les textes ce même concept dont les études de droit romain allaient leur montrer tout l'importance pour la science juridique. A cette époque toutefois remonte, avec l'idée de bénignité de l'équité canonique, celle de la possibilité d'écarter en certains cas l'application de la loi.

(1) Hostiensis. In c. 11. *Ex parte*. X. I. 36. *De transactionibus*. v. *aequitate*.

(2) PL. 134, col. 749. Cet ouvrage fut composé vers 1073. — P. Fournier, *Les collections canoniques de l'époque de Grégoire VII*, pp. 238 ss.

CHAPITRE II

L' « *aequitas* » du droit romain au XI^e siècle et chez les glossateurs

Dans l'élaboration de l'idée d'*aequitas* en droit canonique, une grande part d'influence revient au droit romain à raison de l'importance qu'il avait prise aux yeux de tous depuis la renaissance du XI^e siècle. Cette « *ratio scripta* » ne synthétisait-elle pas le dernier mot des recherches auxquelles avait abouti l'esprit humain ? (1). Aussi, l'équité canonique se développera-t-elle en partie dans le cadre fourni par le droit romain. Celle-ci fournira la construction juridique de l'*aequitas canonica*, mais cette construction sera animée par l'esprit canonique. A l'un, l'enveloppe extérieure, à l'autre, l'âme ; voilà pourquoi il est nécessaire de faire précéder l'examen des principes qui ont influé sur la notion d'équité canonique par une étude de l'*aequitas* en droit romain médiéval.

Après avoir brièvement montré l'indépendance de celui-ci par rapport au droit canonique, nous rechercherons quelle notion d'*aequitas* les premiers romanistes ont tirée des lois romaines au XI^e siècle. Nous verrons ensuite à l'aide de quelles distinctions les glossateurs ont amplifié et développé sa théorie.

§ I. — L' « AEQUITAS » CHEZ LES PREMIERS GLOSSATEURS

La notion d'équité que les glossateurs ont tirée du droit romain est étrangère à toute influence canonique (2). En cette fin du XI^e siècle,

(1) M. Conrat (Cohn), *Geschichte der Quellen*, I, p. 28.

(2) Les romanistes de cette époque ne semblent pas avoir pris garde au caractère sinon de bénignité, du moins d'humanité, que reflètent certains textes du droit romain concernant l'*aequitas*, ainsi à la loi 84 (82) *Si servo*, du Dig. XXVIII, 5. *De haeredibus instituendis*... Il faudra attendre avec le XIII^e siècle l'influence des canonistes pour retrouver cette conception. Remarquons cependant qu'un texte de la *Summa Codicis* laisse entrevoir que cet aspect miséricordieux du concept de l'*aequitas* romaine n'était nullement exclu. I. 14. 6. *Conditae leges intelligendae*

les deux disciplines juridiques étaient encore trop séparées les unes des autres, trop différentes par leur objet tant que par leur méthode pour que le moindre doute puisse exister à ce sujet. La science canonique proprement dite était à peine née et à cette époque se dessinent tout au plus les courants directeurs qui l'animeront (1). Quoiqu'il en soit, elle n'est certes pas suffisamment avancée pour influencer les glossateurs du droit romain. Le contraire devait plutôt arriver et de fait arrivera. Le concept d'équité que nous trouvons dans ces premières œuvres est donc purement et simplement romain.

Il en sera de même des développements qui se poursuivront jusqu'à la rédaction de la Grande Glose d'Accurse, quoique, pendant cette époque, le droit canonique commence à prendre allure et à influencer le droit romain. Nous avons, sur ce point, le témoignage des canonistes eux-mêmes qui se réfèrent aux glossateurs, et cette attestation est amplement confirmée par le texte lui-même des gloses (2). Le concept d'*aequitas* qui nous est fourni par les glossateurs, ainsi que les développements qu'il a subis proviennent donc exclusivement de la manière dont ils ont compris et interprété le Digeste et le Code, et cette notion basée exclusivement sur le droit romain sera reprise par le droit canonique.

Le concept d'équité qui se dégage des œuvres des romanistes du XI^{me} siècle (3) correspond à celui de « iustitia » (4) mais il a été exprimé de deux manières différentes.

Le Fragment V du Codex Haenel définit l'équité une « *rerum convenientia quae cuncta aequiparat et in paribus causis paria iura desiderat* ». Il lui consacre beaucoup de développements (5). Il qualifie aussi l'équité d'*aequitas iuris, quod pro lege et iure habetur*. Il ne saurait avoir de doute sur la signification de ce terme. L'équité est le rapport objectif d'égalité qui existe entre deux choses, la *rerum convenientia*. Cette équité peut être voulue par l'homme ou être exprimée

sunt benignius ut mens earum servetur et ne ab aequitate discrepet. Cette notion de l'équité des glossateurs est étrangère à toute influence religieuse immédiate, et il est remarquable que les glossateurs ne paraissent avoir noté la tendance bénigne de l'équité, particulièrement celle que certains attribuent au droit byzantin. C'est toutefois un point discuté. Voir *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom.* Abt. t. 42, 1921, pp. 643 ss., un article de Pringsheim, *Ius aequum et strictum*, et t. 45-1925, pp. 453-456 un passage de J. Junker, *Summen und Glossen*. — Voir également Giannini, *Equita. Archiv. iurid.*, t. 109-1931, p. 185.

(1) P. Fournier, *Un tournant de l'histoire du droit. Rev. hist. de droit fr. et ét.*, t. 41-1917, p. 167 s.

(2) Gl. in c. 11. *Ex parte*. X. I. 36. *De transactionibus*, v. *aequitate* qui se réfère uniquement aux textes romains.

(3) Outre Irnérius mort après 1125, nous aurons l'occasion de citer Bulgarus qui enseigne à Bologne jusqu'à une date indéterminée entre 1161 et 1167, puis Martinus Gosia qui disparut vers 1167. Ensuite, vient Hugolin dont nous avons les *Dissensiones dominorum*. Placentin mourut en 1192, et Azo vers 1220. Voir sur ces dates, Sarti et Fattorini, *De claris Archigymnasii Bononiensis professoribus*. I. passim.

(4) Avec toutefois la réserve faite plus haut, p. 22, note 2. — Cf. à ce sujet W. C. Sforza, *Ius et directum*, Bologne, s. d.

(5) H. Fitting, *Jurist. Schriften*, Fragn. V. Haenel, p. 145. — Cf. aussi *Frag. prag.* IV. 2. et *Brev. trec.* p. 106.

dans la loi : dans la première hypothèse, c'est la *iustitia*, dans la seconde, elle est un précepte, elle est le *ius*. Aucune équivoque par conséquent, même sur le sens de ce terme (1).

Le fragment V complète cette étude en distinguant l'*aequitas rudis* et l'*aequitas constituta* (2). La première est celle qui n'a pas encore fait l'objet d'une loi. La seconde est celle dont il a déjà été question dans une loi, qu'il s'agisse d'un plébiscite, d'un *senatus-consulte* ou d'un édit du Préteur, mais qui a été déterminée dans la législation subséquente.

Le concept d'*aequitas-iustitia* apparaît mieux encore quand le Fragment détermine quelle a été l'intention du législateur suivant qu'il traite de l'*aequitas rudis* ou d'une *aequitas constituta*. Quand il s'agit de la *rudis*, il tente de l'établir et de la formuler afin d'instruire les ignorants, de contraindre ceux qui feignent ne pas comprendre et de ne laisser aucune excuse aux transgresseurs. Quand, au contraire, il traite de la *constituta*, c'est dans le but de retravailler ce qui a déjà été prescrit. Et cela peut se faire de trois manières : en interprétant, en corrigeant, en ajoutant. Ainsi, suivant une catégorie de textes, l'équité est une relation d'égalité, une relation objective existant entre les choses indépendamment de toute volonté humaine et de toute loi (3). Ces dispositions sont reprises par le « *Libellus de verbis legalibus* » (4).

La pensée d'Irnerius qui nous est connue par des gloses signées de son nom, est identique : « L'équité nous propose ce qui est juste ». Le *ius* ajoute un autre élément : l'acte de volonté du Supérieur imposant ce que l'équité exprimait déjà. Aussi y a-t-il entre l'*aequitas* et le *ius* des différences en plus ou en moins suivant la volonté du législateur. Il ajoute que l'interprétation entre le *ius* et l'*aequitas* est réservée au Prince (5). Il est formel sur ce point.

Les « *Quaestiones de iuris subtilitatibus* » font entendre un son très peu différent. L'équité est « *eius quod recte fit cum sua causa coaequatio et congruentia* ». Et aussi : « *est eius quod inducit iustitia cum sua causa convenientia* ».

Les « *Quaestiones de iuris subtilitatibus* » expliquent aussi la définition du *ius* : « *est ars boni et aequi* ». L'*Ars* n'est autre que le *praeceptum aequitatis*, un précepte donné par l'autorité et qui a comme objet l'équité. Et quelle est cette équité ? « *eius quod recte fit cum*

(1) H. Fitting, *Jurist. Schriften*, p. 146. — Sur les rapports de l'*aequitas* avec la *voluntas* et la *praeceptio*, voir R. W. et A. J. Carlyle, o. c. p. 10 s.

(2) H. Fitting, *Jurist. Schriften*, p. 146.

(3) H. Fitting, ib. p. 147.

(4) Ouvrage original du Nord de la France et datant du XI^{me} siècle. — Cf. A. Tardif, *Hist. des sources*, p. 195.

(5) Cité par E. Meynial, *Encore Irnerius. Nouv. Rev. hist. dr. fr. et ét.*, t. XXI (1897), p. 352, note 3. — Gl. in Dig. Vetus (éd. Besta) I. I. rub. — Gl. in Cod. I. 14. 1 (dans G. Pescatore. *Kritische Studien*, p. 91). « *Aequitatis proprium est id quod iustum est simpliciter proponere* ». Cf. R. W. et A. J. Carlyle, o. c. p. 17, note 1. — Dans le même sens, G. Pescatore, *Die Glosse des Irnerius*, p. 89 et ad l. 8. *Ea quae*. C. *De edendo*. II. 1. v. *petitionis*.

sua causa coaequatio et congruentia » (1). Ainsi, suivant cette seconde catégorie d'œuvres, l'équité n'est pas strictement un rapport objectif, mais elle envisage plutôt l'acte posé. Il y aura équité quand il y a conformité, équation de l'acte avec le droit existant. Autrement dit, l'équité est un rapport de convenance entre un *praeceptum* et son objet.

Ainsi *aequitas* et *iustitia* ne seraient pas exactement synonymes, puisque l'équité considère surtout le rapport objectif, les choses, les prestations, tandis que la justice a son siège dans la volonté. Le droit n'est autre que l'équité fondée sur sa cause naturelle ou civile, et jointe à l'autorité. Elle est naturelle quand le fondement de l'obligation est naturel ; par exemple, je vous prête dix pièces d'argent, il convient qu'en retour, en raison de ce prêt, vous me les rendiez. Elle est civile par contre, quand le fondement de l'obligation relève du droit civil : je possède trois ans durant et sans réclamation du propriétaire un objet acheté de bonne foi à quelqu'un qui n'en était pas propriétaire : cet objet m'appartient en vertu de la *causa possessionis et silentii* (2).

Vacarius suit exactement la même théorie qu'Irnerius sur l'équité (3).

Au fond, l'équité est la norme objective, la *iustitia* au sens large, dont le *ius* n'est que la formulation par le législateur.

§ III. — L' « AEQUITAS » APRÈS IRNERIUS

Les disciples d'Irnerius n'eurent pas tous une semblable attitude à l'égard de l'*aequitas*. Sans doute, la notion resta la même chez les uns et chez les autres, mais ils se divisèrent sur le rôle qu'il fallait lui faire jouer dans l'interprétation : les uns, en effet, s'attachèrent à faire prévaloir les solutions légales, les autres, par contre, eurent une tendance plus favorable aux solutions inspirées par l'équité, par opposition aux solutions plus rigoureuses du droit romain.

En ce qui concerne la notion d'équité, les glossateurs suivent fidèlement les traces de leurs devanciers et lui attribuent la même signification. La *Summa Codicis* reproduit les définitions du Fragment V du Codex Haenel (4).

La séparation de l'*aequitas* et du *ius* ou de la *lex* que trahissent les

(1) H. Fitting, *Quaestiones de iuris subtilit.*, p. 54.

(2) H. Fitting, *Quaest. de iuris subt.* I. 3. p. 54.

(3) Fr. de Zulueta, o. c. p. XLVII.

(4) H. Fitting, *Summa Codicis*, p. 3. — Cette définition est manifestement tirée des *Topica* de Cicéron, 23. « Valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat ». — Un nouveau manuscrit de la *Summa Codicis* découvert en 1924 à Grenoble et rédigé en langue provençale n'apporte aucune précision. Il commence seulement à la loi 5. Ccd. III. 10. *Ac. des Inscriptions et Belles-Lettres. Notices et extraits de manuscrits*, t. XLII, 1933.

définitions données par les auteurs marque nettement l'opposition qui ne tarde pas à être accentuée entre l'une et l'autre. L'*aequitas* est la règle objective, règle qui se trouve dans les choses elles-mêmes ; le *ius* exprime cette règle et l'impose au nom du législateur. Mais celle-ci est éternelle, elle est donc immuable, permanente, fixe ; l'*aequitas*, au contraire, varie avec le rapport objectif, avec les choses. Les auteurs mettent en relief le rôle éminent qu'elle est appelée à jouer, rôle qu'elle assume non seulement dans la composition des lois, mais aussi dans les jugements eux-mêmes. L'équité devient la justice, devient le droit, si elle est voulue et imposée par le législateur, et, en conséquence, les lois et le droit ne tirent leur autorité que de l'équité qui s'y trouve incluse (1).

L'équité jouant un tel rôle dans la composition des lois, il était inévitable que son influence se fasse fortement sentir dans leur interprétation. Le texte des lois lui-même reconnaissait une distinction entre l'équité et la *rigor iuris*, entre les lois conformes à l'équité et celles qui lui étaient contraires (2). Aussi les auteurs n'avaient-ils aucune difficulté pour reprendre la distinction « *ius strictum-subtilitas* » et « *aequitas* » (3) qui leur paraissait fondée non pas seulement sur l'idées qu'ils se faisaient de l'équité et du droit, mais aussi sur les textes du droit romain.

Le Fragment *De aequitate* précise seulement que le rapport de convenance entre le *praeceptum* et son objet doit être absolu tant en quantité qu'en qualité, et de là vient vraisemblablement ce terme d'*aequitas*. Placentin, dans sa *Summa Institutionum* rappelle ce point (4) et note d'une part que l'équité consiste dans le rapport objectif existant dans les choses elles-mêmes ; le droit, au contraire, ou la justice, est le résultat et l'œuvre de la volonté du Prince (5). Azo, avant de reprendre la définition du professeur de Montpellier, disait : « *Elementa dicitur quasi elementa, quia in his eliminatur quicquid fuerat in veteri iure rubiginosum, quid fuerat montuosum, fabricatur aequitate argenteum palatium, erigitur iustitiae solium* » (6). Et il ajoutait : « *est quasi aequalitas. In eo differt cum iustitia quod iustitia vertitur in rebus, i. e. in dictis et factis hominum, iustitia vero in mentibus iustorum* ».

(1) H. Fitting, *De aequitate*, I. 3. — *Quaest. de iuris subt.* I. 3. Et la *Summa Codicis* ajoutait : *legitima enim praecepta tunc demum a iudice admittuntur cum ad aequitatis rationem accomodantur*. In I. 14. 1.

(2) Ulpien parle de la *rigor iuris* au Dig. XL. 5. 24. 10. — Javolenus, Celse et Ulpien des *subtilitatibus iuris* au Dig. XXXIX. 5. 25. — VIII. 3. 11. — XLV. 1. 30.

(3) H. Fitting, *Quaest. de subt. iuris*. Exord. 5.

(4) *Summa inst.* I. 1. *Dicitur quoque aequitas quasi aequalitas*.

(5) *Idem*, ib. *Ad sic ut ego puto et proprie omnis iustitia est voluntas et omnis voluntas talis est iustitia*.

(6) F. Maitland. *o. c.* p. 14.

La notion d'équité en elle-même ne subit ainsi aucune modification au cours du XII^{me} siècle : il n'en fut pas de même toutefois du rôle qu'elle jouait dans l'interprétation ; les textes du droit romain lui donnaient une place trop importante et, il faut le dire, les circonstances favorisaient l'accroissement de son influence. La Renaissance du droit romain devait emporter l'unification des législations qui existaient jusqu'alors en Italie (1). Tous les problèmes qu'il fallait résoudre étaient loin d'être tranchés par le droit romain : un travail d'adaptation était donc indispensable, travail qui faisait mettre l'accent non pas sur la loi elle-même, mais plutôt sur l'esprit qui devait l'animer, sur cette équité que le juge devait sans cesse avoir devant les yeux comme disait le Digeste : « In omnibus quidem, maxime in iure, aequitas spectanda est » (2).

Parmi les quatre docteurs bolonais successeurs immédiats d'Irnerius, l'un surtout, Martinus Gosia, se faisait remarquer par sa préférence pour les solutions d'équité, de préférence à celles qui se basaient trop exclusivement sur l'interprétation de la loi (3). Son nom est resté attaché à cette équité (4), dont ses adversaires lui reprochaient de tirer argument trop souvent.

La grande différence entre la théorie de l'équité soutenue par Martinus Gosia et celle de Bulgarus et de Ioannes Bassianus consiste dans l'idée directrice de leur interprétation. Pour l'un, il fallait avant tout donner des solutions équitables : le principe premier de l'interprétation, le principe directif est la loi *Placuit*. A propos de cette loi, il demandait : faut-il faire prévaloir l'équité sur le *ius strictum* ? Il répondait affirmativement, dit Hugolin (5).

Aussi, les interprétations de Martinus différaient souvent de celles de l'école adverse en ce qu'elles étaient plus équitables. Ainsi Martinus était-il partisan du terme de cent ans en faveur de l'Eglise romaine (6) ; il admettait également la possibilité de stipuler et d'agir pour autrui : celui-ci acquiert une *actio utilis* par un représentant (7) ; en outre, la femme est préférée pour sa dot à tous les créiteurs, même à ceux qui ont une hypothèque expresse (8), la femme mariée est propriétaire de la dot selon le droit naturel (9). Toutes solutions que n'admettait pas

(1) E. Seckel. *Die Anfänge des europäischen Jurisprudenz.* — *Zeitsch. für Sav.* — *Stift. Rom. Abt.* t. 45. 1925, p. 392 s.

(2) Dig. XVII. 2. 23.

(3) E. Landsberg. *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigentum.* p. 15. — Cf. le texte célèbre de l'Hostiensis qui le qualifie de « spiritualis homo ». *Lectura.* Ad c. 9. *Per tuas litteras.* X. *De arbitris.* I. 43.

(4) Odofredus disait de l'équité : « martiniana, capitanea, bursalis propter quam multas passus est verecundias ». In l. *Athletas* § *item si quis furti.* 4. Dig. *De his qui not. infam.* III. 2.

(5) *Dissen. dominorum.* n. 91.

(6) V. Savigny. IV. 478. n. 29.

(7) *Vetus collectio.* § 35. Differt. in ab. aliis.

(8) *Vetus collectio.* § 1. — Hugolini. Dist. 139.

(9) Hugolini Dist. n. 97. — *Vetus collectio* § 75. — *Dissens. Hugo.* § 266.

l'école adverse. D'autres cas de solutions équitables peuvent être aisément multipliés (1). L'un des exemples les plus célèbres d'interprétation équitable de Martinus Gosia est le suivant : quelqu'un a été volé par son ennemi, il le traduit devant le tribunal en l'attaquant au pétitoire et sans faire mention de la violence dont il a été victime. Le procès une fois engagé le demandeur se ravise et veut se prévaloir de l'interdit « unde vi ». En a-t-il le droit ? Martinus distingue suivant que le demandeur a ou non renoncé à l'interdit possessoire. S'il y a renoncé, il n'y a plus rien à faire, à moins toutefois, ajoute le glossateur, que le juge ne fasse une exception en raison des circonstances. Cette restriction fut vivement combattue par les glossateurs et les légistes (2), mais elle reçut l'approbation d'Innocent III dans la décrétale « Pastoralis » qui fut insérée dans le Corpus iuris (3). L'Hostiensis (4) et Innocent IV (5) l'approuvèrent également. Le fondement de la solution de Martinus était uniquement l'équité naturelle.

Certains canonistes reprirent d'ailleurs quelques-unes des solutions de Martinus (6).

Mais les autres docteurs suivaient une tendance contraire. Sans doute, ils reconnaissaient l'importance de l'équité : Bulgarus, contemporain de Martinus et lui aussi disciple d'Irnerius, après avoir rappelé la règle de Paul : il faut rechercher avant tout si le droit est juste ; ainsi les lois Prisca et Papia qui sont contraires à l'équité doivent être repoussées ; la loi Falcidia, au contraire, qui est pleinement équitable, doit être confirmée (7). On voit que l'attachement de ces docteurs à l'équité était poussé bien loin ; et cependant, ils préférèrent les solutions fondées sur la loi elle-même. C'est le témoignage formel d'Hugolin au passage cité plus haut. L'école de Bulgarus devait finir par triompher en raison de l'influence décisive exercée par Ioannes Bassianus et ses élèves (8), notamment Azo (9).

On a prétendu, et non sans raison, assimiler l'opposition entre ces deux tendances à la lutte qui exista en droit romain entre Proculiens et Sabinien (10). Cette question est difficile à trancher : quoiqu'il en

(1) E. M. Meijers, *Sommes, lectures*, pp. 448-456 ; 459.

(2) Suivant Odofredus, in l. *Ordinarii iudices* (iuris est) 13. Cod. *De rei vindicatione*. III. 32.

(3) C. *Pastoralis*. 5. X. *De causa possessionis et proprietatis*. II. 12.

(4) *Lectura*. ad c. 5. X. II. 12. v. *ex justa causa*.

(5) *Apparatus*. ib.

(6) Ainsi Ioannes Teutonicus et l'Hostiensis. Par contre Innocent IV était plutôt favorable aux solutions plus strictes. Cf. G. Panziroli. *De claris legis interpretibus*, p. 330. L'existence de ces tendances divergentes est pourtant mise en doute. Cf. P. Fedele. *Generalia iuris principia*, p. 29.

(7) Comm. in Dig. L. 17. *de diversis regulis*, 90. *In omnibus*.

(8) E. M. Meijers, *Sommes, lectures et commentaires* (1100 à 1250), p. 461.

(9) Suivant E. M. Meijers, ib. — En sens un peu contraire, P. de Tourtoulon (*Placentin*, p. 223) note dans l'œuvre d'Azo une transaction perpétuelle entre gosianistes et bulgariens.

(10) Savigny. *Geschichte*. V. p. 216.

soit, elle ne fut pas sans effet sur la théorie elle-même de l'équité : il faut en effet faire remonter aux Bulgariens et à leurs successeurs la double distinction qui persévéra jusqu'au XIX^{me} siècle entre l'*aequitas scripta* et *cerebrina* d'une part, et de l'autre entre *aequitas scripta* et *non scripta*. Déjà sans doute, les « Quaestiones de iuris subtilitatibus » semblent avoir posé les premiers jalons en disant : « In eundem modum lex adversatur interdum non scriptae rationi, ut usucapio in re minoris » (1). Ce texte n'est cependant pas très explicite. Hugolin en rappelant les discussions des docteurs est beaucoup plus net : « An aequitas scripta iuri scripto referatur ? (2), et il répond à propos de la tendance favorable à l'équité : « ut stricto iuri praeferatur sive scripta sit, sive non » (3). L'autre distinction entre *aequitas scripta* et *aequitas cerebrina* se retrouve aussi explicitement dans Hugolin (4) et Azo (5) la reprend après lui.

Les traits essentiels de la théorie de l'équité sont ainsi fixés au début du XIII^{me} siècle et l'œuvre d'Accurse sera de mettre au point le résultat des travaux de ses prédécesseurs : la Glose, suivant la tendance de Ioannes Bassianus, fait prévaloir le *ius scriptum* sur l'*aequitas non scripta* (6). Elle met fin à la longue discussion qui mettait aux prises sur ce point deux écoles de juristes.

*
**

Le droit romain a, de cette manière, fourni toute l'ossature de la

(1) H. Fitting, Exord. 7.

(2) Hugolin, *Dissensiones dominorum*. n. 91. Il admet la solution équitable : Alii contradicunt : idem in omni iustitia ; ut stricto iuri praeferatur, sive scripta sit, sive non, cum etiam si non sit scripta bene debet servari ut Dig. (I. 1. 32. I et 35) et ut notavi supra de legibus et constitutionibus principum (Cod. I. 14. 1.). — C'est donc avec raison que Brugi peut écrire : Ne d'altra parte, malgrado discorsi tendenze, si poteva chiuder l'orecchio alle voci dell' aequitas che faceva piu sentire nuovi bisogni del tempo. *Per la storia*. VII. p. 43. — Notons que cette « dissensio » à propos de l'*aequitas* ne figure point parmi les *dissensiones* énumérées par Seckel dans son article : « Distinctiones glossatorum » des *Festschrift für von Marwitz*, pas plus que dans celui de la *Zeitsch. Sav. — Rom. Abt.* t. 33-1912, pp. 493-510, ou dans celui de G. Pescatore. *ib.* pp. 519-546.

(3) Cf. note 1. — Il faut donc repousser l'explication donnée par la glose du c. 11. *Ex parte*. XJ. De transactionibus. I. 36. v. *aequitate*. Elle dit : hoc verbum (aequitas non scripta) sumptum fuit de lege illa ff. de aqua plu. arc. l. in summa. § item varus. fi. où ce mot ne figure pas. (Dig. XXXIX. 3. 2.) § 5) au moins dans le texte actuel. — Il faut également rejeter l'explication donnée au XVI^{me} siècle, et qui faisait remonter cette distinction à Accurse seulement dans sa glose du C. III. 1. De ind. l. 8. *Placuit*. v. *acquitatisque scriptae*. Sans doute, les textes que possédait Accurse parlaient-ils ainsi (cf. Salas. *Comm.* in I. II. 97, tract XIV. sect. 10. n. 7. — Reiffenstuel. I. tit. 2. n. 417), la distinction en question semble néanmoins bien antérieure.

(4) Ib. ...ibi loquitur de iustitia quae est a lege constituta, et de ea quam quis excogitat ex ingenio suo.

(5) Azo, *Summa Instit.* IV. 17. 2. Est intelligendum de aequitate scripta, non de ea quam quis ex corde suo inveniat.

(6) Cod. I. 14. de leg. 1. Inter aequitatem. Gl. v. *aequitatem*. — La glose donne comme exemples la loi *Prospexit*. 12. Dig. *Qui et a quibus*. XL. 9. et la loi *Inter causas*. 26. 6. *Non omnia*. Dig. *Mandat vel contra*. XVII. 1.

théorie de l'équité. C'est en vertu de la justice naturelle que les dispositions légales doivent être distinguées en équitables et rigoureuses. Ce point est acquis, quoique le concept de justice naturelle, de cette *aequitas-iustitia* qui forme le fondement de la distinction ne semble pas nettement défini ; il ne s'agit cependant pas d'une *aequitas-misericordia*. En second lieu, le rôle de l'équité est déterminé : ce n'est plus, en vertu de l'*aequitas* que la loi écrite pourra être écartée : la *rigor scriptus* prend définitivement le pas sur l'*aequitas non scripta* : la tendance legaliste de Ioannes Bassianus a prévalu et l'équité n'est plus admise que lorsqu'elle est écrite ou lorsque tout droit écrit fait défaut.

CHAPITRE III

L' « Aequitas » dans le droit canonique classique

Cette période s'étend de Gratien à Jean d'André et voit s'établir définitivement en droit canonique la théorie de l'équité. Au moment où Gratien achève son Décret, deux influences différentes agissent sur la doctrine canonique : d'une part, le droit romain oppose l'*aequitas-iustitia* à la *rigor iuris*, et de l'autre, la tradition canonique oppose la *misericordia* à la *rigor*. D'un côté comme de l'autre se retrouve une opposition qui paraît identique mais qui s'exerce en deux sens différents : pour les juristes, l'*aequitas* était l'exception ; pour les canonistes, au contraire, depuis Yves de Chartres, la *misericordia* était la règle. Quelles conséquences allaient donc résulter de ces deux courants divergents et de ces tendances diverses ?

Le premier fait notable est l'introduction dans le vocabulaire canonique de l'*aequitas* : la notion d'équité gagnera en richesse et en précision, la *misericordia* se rattachant plus fidèlement à la justice et la justice romaine s'inclinant vers la miséricorde. En second lieu, cette introduction facilite l'assimilation des deux distinctions *rigor-aequitas* et *misericordia-rigor* : les conceptions romaines précisent et réglementent l'emploi de l'équité. Une dernière conséquence découle de la précédente : les Pontifes romains et les canonistes profitent de cette théorie pour imposer au droit civil certaines lois ecclésiastiques plus directement fondées sur l'équité.

§ I. — LA NOTION D' « AEQUITAS »

On ne retrouve pas sous la plume des premiers canonistes le terme « *aequitas* » (1). Il faut attendre Gratien chez qui il a manifestement et exclusivement le sens de justice.

Dans le *dictum* a. e. 91. *Si quis Episcopus*. C. XI. q. 3. Gratien

(1) Voir plus haut p. 169.

déclare : « quando contra aequitatem sententia fertur veluti quando subditi non possunt cogi ad malum scientes obediendum non esse servandam praelato in rebus illicitis ». Il en est de même dans le *dictum* 4. p. c. 16. *Ideo*. C. XXV. q. 1. « Valet ergo sancta romana ecclesia suis privilegiis quoslibet munire et extra generalia decreta quaedam speciali beneficio indulgere, considerata tamen rationis aequitate, ut, quae mater iustitiae est, in nullo ab ea dissentire inveniatur » (1). Dans ces deux cas (2), il s'agit évidemment de la justice elle-même.

Les premiers décrétistes aussi emploient ce terme et avec le sens de justice et de droit. Ainsi Paucapalea, dans sa glose du c. 4. *Statuimus*. Dist. II. « aut rationem i. e. aequitatem » (3). Les textes du XI^{me} siècle ne permettent pas de se méprendre sur le sens exact de *ratio*.

Huguccio dans sa définition de la dispense rend le même son : « sicut enim ibi fit dispensatio, cum diversis diversa pensantur, id est, pensa iustitiae, aequitatis, discretionis procuratur, ita in familia Ecclesiae (ad dict. Gr. a. c. 6. *Necessaria*. C. I. q. 7) » (4). La définition du *ius* chez Huguccio est trop connue pour que nous y insistions : c. 25. *Ut constitueretur*. Dist. L. v. *detrahendum est*. « Ius est aequitas, scilicet iustitia, unicuique ius suum tribuens » (5).

Ainsi en est-il également d'Etienne de Tournai qui dit dans sa glose du c. 2. *Praesulum*. C. XVI. q. 3. « Sicut praescriptio contra ius naturale et contra aequitatem introducta sit... » (6).

Plusieurs Décrétales donnent le même sens : Innocent III dans une constitution : « cum igitur talis lex nec naturalis, nec scripti iuris contineat aequitatem, discretioni vestrae mandamus... » (7), et Honorius III ; « Rem audiunt haec inaudita et tam iuri scripto quam aequitati contrariam quod videlicet... » (8). La glose du Décret reprend la même signification : « Ubi aliquid mihi prodest et tibi non nocet aequum est ut mihi non prohibeat, licet ius ibi deficiat » (9). Ainsi l'entrée dans le droit canonique de la signification romaine de *aequitas-iustitia* est certaine.

Aequitas n'a pas tardé à signifier aussi clémence et bonté.

(1) E. Wohlhaupter (*Aequitas canonica*, p. 85. note 2) interprète ce passage de Gratien en qualifiant l'*aequitas* de « mater iustitiae ». Il nous semble plutôt que cette dernière expression se rapporte à « sancta romana ecclesia ». Il est certain que « ea » désigne l'équité ; ceci admis, l'interprétation de M. W. donne : considérée rationis aequitate, ut, quae mater iustitiae (sc. aequitas d'après M. W.), in nullo ab ea (aequitate) dissentire inveniatur », ce qui est difficilement intelligible.

(2) Voir aussi, et dans le même sens, dict. Gr. a. c. 21. *Posteaquam*. C. XXV. q. 2. «...ratione aequitatis considerata.

(3) Schulte. *Die Summa Paucapaleas*, p. 16.

(4) Cité par J. Brys. *De dispensatione*, p. 234.

(5) Man. Bibl. nat. n. 3.891.

(6) Schulte. *Die Summa des Stephanus Tornacensis*, p. 4.

(7) Compil. III. l. III. t. XVII. 1. Ed. Friedberg, p. 122. — Cette décrétale date de 1205.

(8) Compil. V. l. V. t. VII. ib. p. 184.

(9) Gl. ad. c. *omnes*. 1. Dist. I. v. *fas est*.

Etienne de Tournai oppose la rigueur à l'équité en deux passages de sa *Summa* (1) (2). Au milieu du XIII^{ème} siècle, Honorius III dans une célèbre décrétale rappelait : « In his vero super quibus ius non videtur expressum, procedas, aequitate servata, semper in humaniorem partem declinando secundum quod personas et causas, loca et tempora videris postulare » (3). Il faut le reconnaître, ce texte souvent invoqué en faveur d'une équité miséricorde n'est pas aussi net, ni aussi évident qu'on le souhaiterait. On dira sans doute que « aequitate servata » est explicité par « semper in humaniorem partem declinando », mais n'est-ce pas précisément cette explicitation qu'il s'agit de prouver ? D'ailleurs que répondre à ceux qui veulent que « aequitate servata » n'ait d'autre sens que l'application des principes généraux du droit ?

La glose de Ioannes Teutonicus sur le Décret (4) nous paraît fournir une preuve péremptoire du sens de bénignité attribué à l'*aequitas*. Il suffirait presque d'alléguer le texte de la glose du c. 17. *Tali coniugio*. C. I. q. 7. v. *causae* : Cum ergo hic sit rigor et ibi misericordia potius debet iudex sequi misericordiam quam rigorem, ut *Cod. de iud. Placuit*. (Cod. III. l. 8.) et sic iam videtur quod dispensatio sit debita. Et précisément, la loi *Placuit* dit : « Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque rationem quam strieti iuris » ; il n'y a donc pas le moindre doute que dans ce cas, *aequitas* n'ait le sens de *misericordia*, puisque Ioannes Teutonicus s'appuie sur la loi *Placuit* pour préférer la « *misericordia* », et *iustitia* ne pouvant signifier « *misericordia* ».

Il en est de même dans la glose du c. 6. *Audite*. Dist. 34. Ce canon permet au clerc devenu veuf, mais ayant eu des enfants de sa servante, d'être admis au diaconat. Gratien avait commenté dans un *dictum* : « hoc ex dispensatione misericordiae, ceterum ex rigore disciplinae ». La Glose v. *non patitur* relève, il est vrai, une objection dans le c. 6. *Primum*. Dist. 25, qui exige une pureté absolue du candidat à l'épiscopat, mais elle répond « cum istud sit aequitas et illud rigor, et merito aequitas praefertur rigori ut *C. de iud. Placuit* ».

Le même appel à ce texte du Code de Justinien est fait à l'occasion de canons parlant de la *misericordia*. Ainsi en est-il de la glose du c. 9. *Disciplina*. Dist. 45. et de celle du c. 17. *Tali coniugio*. C. I. q. 7. et du c. 6. Dist. 34. Il est donc indiscutable que l'*aequitas* n'a pas tardé à désigner également miséricorde et bénignité.

La question se pose maintenant de savoir dans quelle mesure cette

(1) J. F. Schulte. *Die Summa des St. Tornacensis*. Ad Dist. LXXI. c. 4. Iubeur uterque deponi de rigore, hic minor imponitur poena de aequitate.

(2) Id. ib. Ad Dist. LXXXI. c. 12. *Praesbyter*. v. *privabitur*. De rigore, nam si ante sacros ordines fornicatus fuerat, tolerabitur ex aequitate, ut supra XXXIV. c. ult.

(3) C. 11. *Ex parte*. X. I. *De transactionibus*. 36.

(4) Après le Concile de Latran de 1215.

notion de miséricorde s'est maintenue dans la législation canonique au XIII^{me} siècle. On peut dire a priori, étant donné son fondement immédiat, la charité chrétienne, qu'elle dut toujours se maintenir. En fut-il ainsi de fait ?

La notion d'équité n'a pas tardé à se concrétiser en des définitions qui dénotent clairement l'esprit qui les anime.

Bernard de Parme, le premier, dans la glose v. *rigorem* du c. 32. *Cum illorum*. X. V. 39. *De sententia excommunicationis* définit : « aequitas rigorem mitigat. Unde aequitas intelligitur iuris relaxatio ».

L'Hostiensis est plus net encore : dans la *Summa aurea* au livre V *De dispensationibus*, il reprend une définition qu'il attribue à Saint Cyprien (1) et que répèteront après lui tous les canonistes : « aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata ». Il ajoute : « vel dic quod aequitas est motus rationabilis regens sententiam et rigorem » (2). Ainsi qu'on le remarque, ces deux définitions sont loin de concorder : au concept traditionnel de l'équité canonique qui est celui d'une justice tempérée par la miséricorde, l'Hostiensis en joint un autre tout différent et qui concerne plutôt ce que l'on a coutume d'appeler le sentiment de l'équité ; la seconde définition ajoute un caractère subjectif à l'autre qui présente un caractère objectif très accusé.

Les commentateurs modifieront bientôt la définition de l'Hostiensis ; on dira : « motus rationabilis regens rigorem et dispensationem ». Cette modification est due au fait que plusieurs auteurs se sont rendus compte que, par suite, croyons-nous, d'une influence romaine, l'équité entraîne parfois une aggravation de la loi (3). Horace ne disait-il pas : « aequitas est virtus quae maxime debet esse circa rempublicam » ? A ce compte évidemment, avec le point de vue, changent les applications ; ce n'est toutefois là qu'une hypothèse.

Guy de Baysio assimile l'*aequitas* à la *dispensatio*, comme le faisait Bernard de Parme : « Dispensatio qua aequitas contra iuris rigorem introducitur », dit-il dans la glose du c. 5. *Requiris*. C. I. q. 7. v. *ut plerisque* (4). Et il donne le même aspect de la miséricorde que ses devanciers en disant dans son commentaire au mot « misericordia » de la distinction XLV. c. 9 : « Disciplina, id est mansuetudo sive relaxatio

(1) Giannini déclare qu'elle ne s'y trouve pas. *Arch. giur.* t. 109-1931, p. 205, n. 2.

(2) Voici le texte intégral : Aequitas vero est media inter rigorem et dispensationem sive misericordiam, ut Cod. *de iud.* l. *placuit*. Il semblerait donc que l'Hostiensis doive donner à cette aequitas l'épithète romaine de « iustitia » ; point du tout, il continue en disant : Hoc autem a Cypriano sic describitur : aequitas est iustitia, est motus rationabilis regens sententiam et rigorem. Haec est enim aequitas quam iudex qui minister est semper debet habere prae oculis, scilicet sciatur bonos remunerare, malos punire. Via regia incedens et se rationaliter regens, non declinans ad dexteram vel sinistram.

(3) Ainsi Dig. III. 2. *De infam.* l. 13. *Quid ergo* § *poena gravior*.

(4) Guy de Baysio. *Rosarium*, l. c.

et mitigatio. In levioribus causis sit prior ad lenitatem, in gravioribus poenis severitatem cum aliquo temperamento » (1).

Le Spéculateur suit l'Hostiensis en le modifiant quelque peu : « aequitas est media inter rigorem et misericordiam » (2). Il retombe, de ce fait, dans la notion romaine. Suivant l'habitude des commentateurs, il ne se contente pas de cette définition : il rapporte aussi celles de l'Hostiensis.

Ainsi, dès la période classique du droit canonique, la notion d'équité comprend définitivement un double concept : l'un de justice qui vient du droit romain, l'autre de miséricorde, découlant de la tradition canonique.

§ II. — L' « AEQUITAS » DANS L'INTERPRÉTATION

Quelle était la conséquence de cette lente absorption de la *misericordia* par l'*aequitas* pour la théorie sur l'emploi de l'équité canonique ? la *misericordia* était en effet permise au juge chaque fois qu'une raison sérieuse pouvait faire éviter l'emploi de la *rigor* disciplinaire ; et, par contre, l'*aequitas* romaine ne pouvait s'appliquer que lorsqu'elle était écrite, faute de quoi elle devait céder le pas à la *rigor scriptus*. Qui allait l'emporter ? de la tradition canonique ou de la doctrine romaine (3), de l'esprit d'équité ou de la rigueur légale.

Gratien utilise encore exclusivement la règle de conciliation des textes posée par Yves de Chartres et Alger de Liège : il incline vers la miséricorde. Ainsi, à propos de la lettre du Pape Pélage II (4), permettant, contrairement à une décision conciliaire, d'ordonner d'écarter le veuf qui aurait eu des enfants de sa servante, Gratien commente la décision du Pape, provoquée par les misères de l'époque, dans les termes suivants : « Hoc ex dispensatione misericordiae, ceterum ex rigore disciplinae illud Aurelianensis concilii ».

La thèse canonique sur l'emploi de l'équité s'affirme pleinement dans quelques canons (5) de la distinction XLV où Gratien ne cherche pas à concilier les textes anciens, mais où il veut simplement exposer la disci-

(1) Idem. l. c.

(2) Guil. Durandus. *Speculis*. I. P. I. *De dispensationibus*.

(3) Ceci depuis Accurse. Cf. plus haut p. 177. Ioannes Teutonicus disait encore dans sa glose : Iudex potius sequatur aequitatem quam rigorem ubi certum est ius ab aequitate dissentire. Gl. in C. 9. *Disciplina*. Dist. XLV. v. *miscenda est*.

(4) C. 7. *Fraternitatis*. D. XXXIV. — Dict. Gr. p. c. 7.

(5) C. 4. Non severitate, sed benevolentia erga subditos praelati corripiant. — C. 5. Benevolentia plus quam severitas erga corrigendos agat. — C. 8. Non verbis, sed verbis subditos episcopi corripiant. — C. 9. Disciplina non est servanda sine misericordia, nec misericordia sine disciplina. — C. 10. Iuste iudicans misericordiam cum iustitia servat. — C. 14. Mansuetudo et districtio ad invicem non separentur. — C. 16. Peccantes, mansuetudine provocentur, non austeritate abigantur.

pline et donc la législation ecclésiastique : il insiste sur l'esprit de bienveillance et de miséricorde qui doit régner toujours, même s'il paraît nécessaire de recourir à la rigueur. Ainsi, Gratien conserve la règle de la tradition canonique : le principe est la miséricorde, qui doit céder le pas le plus rarement possible à la rigueur.

Paucapalea suit la même tendance et veut faire prévaloir l'équité à l'encontre des canons. A propos du c. 16. *Si quis*. C. 33. q. 2. par exemple, canon qui permet au fornicateur d'épouser sa complice après pénitence due, il fait remarquer au mot *uicorem*, que d'autres textes parlent en sens contraire, et il résout la difficulté en disant : « hoc ex indulgentia, illud secundum rigorem canonum loquitur » (1). « Ille de his quos ferveat nimis sanguis et aetas, sc. qui sine magna difficultate abstinere non valeant, ibi vero de aliis ». Rolandus Bandinellus et Rufin (2) parlent dans le même sens, et sont favorables aux solutions équitables plutôt qu'aux décisions rigoureusement légales.

Avec Etienne de Tournai (3) apparaît le premier indice d'un rapprochement entre l'opposition de « misericordia-rigor » du droit canonique et celle de « rigor-aequitas » du droit romain, et ce rapprochement fera triompher en fin de compte la thèse légaliste rigoureuse sur la thèse équitable. Il note que celui qui fait appel à la miséricorde : « Item quaedam capitula data sunt ex rigore, quaedam ex dispensatione vel aequitate » (4). *Dispensatio* veut certainement dire mansuétude et miséricorde, mais en est-il de même d'*aequitas* ? Ailleurs cependant, il oppose formellement *rigor* à *aequitas* (5), puis *aequitas* au *ius strictum* (6). Etienne de Tournai identifie donc bien la rigor des canonistes au *ius strictum* des civilistes, comme il identifie la *misericordia* et l'*aequitas*. Il est le premier chez qui nous pouvons relever cette assimilation, et elle était tellement naturelle, étant donné le parallélisme des deux oppositions *rigor-aequitas* et *rigor-misericordia* que les décréteurs postérieurs persévèrent dans cette voie. Il allait ainsi faciliter l'adoption de la théorie légaliste et provoquer l'affaiblissement, puis la destruction de la tendance favorable à l'équité.

Huguccio (7) insiste formellement sur la doctrine romaine ; pour lui, l'*aequitas* est le *ius* et la justice et non point la miséricorde, la misé-

(1) Schulte. *Die Summa des Paucapaleas*, p. 132.

(2) Rufin. *Summa Decretorum*, au c. 7. *De eulogiis*. Dist. XVIII. c. 28. *Qui*. Dist. L. *Incipit*. Dist. LXXXI ; c. 3. *Si quis episcopus*. c. I. q. 4.

(3) Sa glose fut terminée un peu avant 1160. Cf. A. Van Hove, I. p. 227.

(4) Schulte, *Die Summa des Stephanus Tornacensis*, p. 4.

(5) Après le dictum Gr. au c. 1. *Apostolus*. Dist. LXXXI. qui privait de l'exercice de son ordre, tout clerc convaincu d'homicide, d'adultère, etc. avant ou après son ordination, Etienne ajoutait : « de rigore, nam si ante sacros ordines fornicatus fuerit, tolerabitur ex aequitate ». (Schulte, p. 103-104).

(6) Gl. au c. 11. *Sana*. Dist. IX. v. *pietate*, quia magis imitantur pietatem et aequitatem quam ius strictum.

(7) Sa Somme fut terminée après 1188.

ricorde n'est autre que la *dispensatio*, la *relaxatio iuris*. Et il note (1) : « Hoc (sc. ius) est semper observandum et secundum hoc iudicandum nisi aliquid impediât, ut *Cod. de iudiciis*, l. *Placuit* (*Cod. III. I. 8*) ». Quant à la *dispensatio-misericordia* : « non debet observari, nec secundum eam iudicari nisi loco et tempore necessitatis vel utilitatis causa vel alia causa ». Ainsi Huguccio précise et détermine l'emploi de cette *misericordia* que les canonistes érigeaient en principe depuis Yves de Chartres. Sans doute, elle a son rôle et un rôle qui n'est pas négligeable, mais c'est, suivant Huguccio, un rôle exceptionnel au cas d'utilité ou de nécessité. En principe s'applique l'*acquitas romaine*, la *iustitia*, le *ius*. L'influence romaine substitue ainsi ses règles aux conceptions canoniques et donnent à ces dernières une précision plus grande.

Par contre, une tendance opposée se manifeste chez Ioannes Teutonicus, exactement à propos de la même loi *Placuit* : le *ius* qu'il fallait observer et que le juge devait toujours avoir devant les yeux était la *misericordia* (2).

La conception de l'Hostiensis est identique et plus conforme à la tradition canonique équitable. Sans doute, pour lui aussi, l'*acquitas* est le *ius* ; mais il n'insiste pas, comme le faisait Huguccio, sur le caractère exceptionnel de la *misericordia*. Bien au contraire, il note que l'*acquitas*, le *ius* lui-même est la justice tempérée par la miséricorde : et ainsi la miséricorde n'est plus l'exception et c'est elle que le juge doit toujours avoir devant les yeux. De plus, il fait remarquer que c'est la *rigor canonum* qui doit être l'exception : « rigor non est ius, sed est iuris excessus in austeritate » (3).

Cependant la tendance d'Huguccio se retrouve très nette chez Bernard de Parme qui assimile la *rigor* au *ius* (4).

En outre, les juristes n'avaient cependant pas tardé à compléter la théorie sur l'emploi de l'équité : s'ils donnaient le pas à l'équité sur la rigueur, ils restreignaient cet avantage à l'*acquitas* qu'ils qualifiaient de *scripta* par opposition à celle que chacun pouvait appliquer suivant ses idées personnelles. Ils en étaient ainsi arrivés à n'admettre l'emploi de l'équité (*acquitas-iustitia* pour eux) que dans deux cas : dans celui

(1) C. 25. *Domino*. Dist. L.

(2) Le rapprochement des textes fait éclater la divergence des conceptions : Huguccio dit : « Hoc (sc. ius) est semper observandum et secundum hoc iudicandum, nisi aliquid impediât, ut *Cod. de iudiciis*, l. *placuit*. ; dispensatio non debet observari, nec secundum eam iudicari nisi... » ; Ioannes Teutonicus, au contraire, déclare : « Cum ergo hic sit regor et ibi misericordia, potius debet iudex sequi misericordiam quam rigorem, ut *Cod. de iud. placuit* ».

(3) Telle est l'appréciation de Guy de Baysio. *Rosarium*. Ad Dist. L. c. 9. n. 3. Dicit. Host. ibidem (X. de *torneam*. 27). sc. quia rigor non est ius, imo est iuris excessus in austeritate, ius autem est aequitas, id est aequalitas ius suum cuique tribuens, bonis praemia malis supplicia ; hoc debet iudex super observare.

(4) Guy de Baysio continue en marquant lui-même cette opposition entre l'Hostiensis et Bernard de Parme : « Sed Bernardus hic dicit quod rigor est ius ».

de l'*aequitas-scripta* et dans celui où faisait défaut toute loi écrite (1). Cette conception passe chez les canonistes qui l'admettent intégralement ; la glose des Décrétales (2) dit textuellement : « Ius semper est praefendum aequitati... sed potes intelligere illud (ff. *de eo quod certo loco*. l. *quod si Ephesi*) de aequitate scripta quae debet praeferrī rigori iuris. Hic (c. 11. X. l. 36) de aequitate non scripta quae tunc tantum servanda est cum ius deficit ». Il faut noter cependant que cette *aequitas* dont parle la glose est celle de l'Hostiensis et non pas l'« *aequitas-iustitia* » des glossateurs : l'*aequitas* canonique, c'est la « *iustitia dulcore misericordiae temperata* » et non pas seulement le « *ius suum cuique tribuens* ».

Telle est l'évolution de la doctrine canonique sur l'emploi de l'équité ou de la miséricorde. L'influence romaine a restreint l'application des règles posées par Yves de Chartres ; celles-ci, admises encore par Ioannes Teutonicus et l'Hostiensis, et qui faisaient en fait de la charité, de la miséricorde le principe, ont cédé la place à la conception romaine qui ne laisse à la miséricorde qu'un caractère exceptionnel. Sur ce point, la tendance canonique de Ioannes Teutonicus et de l'Hostiensis était condamnée et l'*aequitas* que le juge devait avoir devant les yeux était le *ius* et non la *misericordia*. Mais inversement le droit canonique a réagi sur la doctrine romaine en ce sens que l'*aequitas* n'est plus seulement le *ius*, la *iustitia* romaine, mais une justice tempérée par la miséricorde.

§ III. — CONFLIT DES LOIS CIVILES ET CANONIQUES

Le principal résultat de l'admission de ces distinctions et de ces sous-distinctions dans le droit canonique fut la naissance de l'équité canonique. Accurse avait admis que de deux lois sur un même point et contraires entre elles, dont l'une était fondée sur l'équité et l'autre procédait avec plus de sévérité, celle qui était basée sur l'équité prévaudrait (3). Or, il se trouva que des Pontifes romains eurent occasion de légiférer sur des matières déjà réglées par le droit civil : leur solution plus directement inspirée des principes chrétiens se trouva en opposition avec celle qu'admettait le droit romain, ainsi en matière de prescription (4), de pacte (5).

(1) Voir plus haut, p. 177.

(2) In c. 11. *Ex parte*. X. *De transactionibus*. I. 36. v. *aequitate*.

(3) Gl. in Cod. III. l. *De leg.* 8. *Placuit*. v. *aequatis*.

(4) C. *Vigilanti*. 5. c. *Si diligenti*. 10. X. *De praescriptionibus*. II. 26. Le premier d'Alexandre III, le second de Lucius, contre les possesseurs de mauvaise foi, dont Alexandre III disait c. *De quarta* ib. *Romana Ecclesia tricennalem praescriptionem ecclesiasticam non admittit*. On connaît d'autre part la position du Code. Cod. VII. 39. *De praescriptione triginta vel quadriginta annorum*. l. *Cum notissimi*. 7. l.

(5) C. *Antigonus*. 1. X. *De pactis*. I. 35. sur lequel les canonistes s'appuyaient pour accorder une action. Cf. aussi c. *Quicumque suffragio*. C. XII. q. 2. — Le Digeste au contraire (Dig. II. 14. *De pactis*. l. *Iurisgentium*. 7. *Quinimo*. 5) refuse l'action et ne donne qu'une exception aux *pacta nuda*.

Voici donc deux textes législatifs : portant sur le même point, et s'imposant également aux mêmes justiciables, puisque ceux-ci sont soumis, quoiqu'à des titres divers, à deux juridictions. C'est, précisément, le cas résolu par la distinction *rigor-acquitas*. Pour résoudre le cas, les Pontifes romains ne manquèrent pas d'insister sur le fait que leurs Décrétales sont fondées immédiatement sur l'équité au rebours de la solution rigoureuse donnée par le droit civil. Dans une décrétale, Alexandre III, s'exprimait ainsi : « Ad quod dicimus quod in ecclesiasticis personis et negotiis rigor et districtio iuris non requiritur » (1). Et Innocent III à propos de la difficulté de la preuve exigée par la loi *De vi et vi armata* du Digeste (2). Il disait : « non obstante iuris civilis rigore, sancimus ut... per restitutionis beneficium succurratur » (3).

La solution de principe ne devait pas être douteuse, parce que le droit civil lui-même faisait prévaloir une solution législative rendue en équité sur un autre texte législatif rigoureux.

Les Papes insistèrent d'autant plus sur cette façon de voir que, dans certains cas, la solution admise en droit civil paraissait formellement contraire à la morale chrétienne.

Tel est le cas de la loi portée sur la prescription (4). Le droit romain admettait que la prescription pouvait être fondée sur la mauvaise foi. Le Pape Alexandre III repousse une pareille solution : la mauvaise foi ne peut servir de base à la prescription (5).

Un problème de même nature se posait à propos des *pacta nuda* que le droit romain ne garantissait par aucune action (6).

Sur la base d'un texte, d'ailleurs peu convaincant (7) d'un concile d'Afrique, le droit canonique imposait une solution opposée et exigeait qu'une action sanctionnât les conventions simples.

Les divergences entre le droit canonique et le droit civil ne tardèrent pas à se multiplier. Un Traité attribué à Bartole relève 220 cas d'opposition (8).

La question de savoir dans quelle mesure l'équité canonique prévalut en fait sur le droit civil est difficile à résoudre, à raison de l'attitude différente qu'ont adoptée vis-à-vis du pouvoir ecclésiastique les pouvoirs civils. L'autorité religieuse exigeait la prédominance de l'équité canonique dans les causes ecclésiastiques, dans celles des pauvres et autres personnes malheureuses (9), de même quand l'équité s'imposait pour éviter le péché (10).

(1) C. *Ad haec*. 2. X. *De dolo*. II. 14.

(2) Dig. XLIII. 16. *De vi et vi armata*. 7. *Cum a te*.

(3) C. *Saepe*. 18. X. *De restitutione poliatorum*. II. 13.

(4) C. *De quarta*. 4. X. *De praescriptionibus*. II. 26.

(5) Cf. note 4, page 186.

(6) Cf. note 5, page 186.

(7) H. Canisius, *De differentiis utriusque iuris*. in.

(8) J. L. V. Van de Kamp. *Bartolo*, p. 57.

(9) Gl. au c. *Ad haec*. l. X. *De dolo*. II. 14. v. *rigor*.

(10) C. *De quarta*. 4 ; c. *Vigilanti*. 5. X. *De praescriptionibus*. II. 29.

Dans les terres d'Empire, il semble, d'une façon générale, que ces revendications aient été admises (1). Il n'en était cependant pas de même partout, et l'hostilité qu'en ont montré certains juristes français (2) contre le droit pontifical, devait leur faire refuser toute ingérence quelle qu'elle fût dans le domaine législatif ou judiciaire.

Quoiqu'il en soit, cette « équité canonique » — puisque les auteurs (3) appelaient tout naturellement ainsi les dispositions canoniques en opposition avec les lois civiles — est directement issue de cette célèbre distinction. Elle est d'ailleurs intéressante à considérer en ce qu'elle synthétise l'opposition du droit canonique au droit civil dans l'esprit qui animait la législation canonique.

Ainsi l'influence du droit romain et du droit canonique fut-elle réciproque : l'un fournit le cadre de cette institution juridique, en détermina et précisa la réglementation et l'emploi, l'autre, au contraire, en adoucit l'esprit puisque à la rigueur il enjoint d'unir toujours la miséricorde à la bénignité.



(1) And. Gaill. *Observationum praecticarum*. Lib. II. obs. 18. n. 7.

(2) Conan. *Commentaria iuris civilis*, c. XI.

(3) Gl. au c. *Cum tibi*. 13. X. *De testamentis*. III. 26. v. *dispositionem*. — Gl. au c. *Raynutius*. 16. v. *legitimam*. X. III. 26. *De testam.*

CHAPITRE IV

L'Équité chez les commentateurs des XIV^e et XV^e siècles

Dès la fin du XIII^m siècle, les commentateurs donnent de plus en plus d'importance aux arguments logiques : les auteurs devaient tirer des lois tout ce qu'il était possible d'en déduire, il ne fallait plus s'arrêter au sens ou à la signification stricte des mots, c'était la volonté du législateur avant tout qu'il importait de respecter, et toute sa volonté. Il peut sembler que l'accent porté ainsi sur la volonté du législateur ait réduit le rôle de l'équité (1). De fait, la doctrine de l'équité ne devait plus connaître de sensibles développements, les auteurs se contentant de préciser et d'affirmer les points acquis : ils reprennent toutefois les distinctions admises par les glossateurs et en précisent la portée, en restreignant d'ailleurs encore le champ laissé à l'équité. Une conséquence intéressante fut enfin déduite par Bartole de sa théorie sur la *ratio legis*, conséquence qui sera reprise plus tard sous le nom d'épikie.

§ I. — LA NOTION D' « AEQUITAS »

Les définitions qui avaient été données auparavant de l'équité sont répétées presque sans aucune modification.

A la fin du XIV^m siècle, les juristes français de l'Ecole d'Orléans insistent sur le caractère romain de l'équité-justice : Jacques de Révigny repousse nettement la signification de « *benignitas* » et de « *elementia* », parce que l'équité demande parfois le contraire de la clémence (2) : ce fait est inexplicable, si l'on admet avec certains que l'équité est portée à la miséricorde et à la douceur. Il éclaire la conception traditionnelle du droit romain par la célèbre comparaison entre le

(1) B. Brugi, *Della interpretazione delle leggi al sistema del diritto*, p. 15. *Per la storia*, IX.

(2) Dig. III. 2. *De infam.* l. 13. *Quid ergo.* § 7. *poena gravior.*

lingot et le vase d'argent, comparaison qui ne fait d'ailleurs que matérialiser les explications déjà données par les glossateurs (1).

Il faut cependant reconnaître que les auteurs ne mettent guère en relief l'aspect romain de l'équité. Sans doute, ils rappellent toujours les définitions de la *Summa Codicis* qui assimile l'équité et l'égalité (2), mais il est indéniable que la tendance représentée par l'Hostiensis est de beaucoup la plus fréquemment admise.

Jean d'André, en compilateur qu'il était, rapporte simplement les définitions qu'il a trouvées chez ses prédécesseurs (3). Bartole insiste sur le fait que l'équité est une « rerum convenientia, quaedam facti convenientia » (4). Balde commence par mettre en relief le caractère objectif de cette notion : « naturalis iustitia et aequitas idem sunt » (5). Il insiste ailleurs sur le caractère miséricordieux de l'équité : « est benignitas quaedam fundata in principiis iuris naturalis » (6). Il admet cependant aussi l'équité subjective introduite par l'Hostiensis et il donne entr'autres définitions la suivante : « aequitas est applicatio animi seu iudicium in quo circumscripta iuris regula aliquod de mente singulari et propria ratione statuit » (7). Et, pour insister sur ce caractère subjectif, il ajoute : « Loquor de aequitate in specie ». Ce qui veut probablement dire qu'il parle de l'application des principes d'équité à un cas particulier. Toutefois, même dans cette hypothèse, il rappelle le caractère objectif et fondamental de l'équité : « Aequitas est rectitudo iudicii naturalem sequens rationem » (8). Cette notion ne vient certes pas des glossateurs ; elle cadre au contraire très bien avec celle de l'Hostiensis.

Une autre distinction avait été faite qui opposait l'équité naturelle à l'équité civile. Elle avait, nous l'avons dit, comme fondement la cause elle-même de l'obligation suivant qu'elle était tirée du droit réel ou du droit civil. Cette distinction avait été reprise sans modification par les glossateurs et les premiers commentateurs. Balde toutefois en changea complètement le sens : il part en effet d'un point de vue tout différent : l'auteur de la *Summa Codicis* qui, le premier, l'avait formulée, était parti de la cause de l'obligation ; Balde, au contraire, considère cette équité en elle-même et met en évidence les principes dont elle est

(1) D'après Cynus. In Cod. I. 14. *De leg. 1. Inter aequitatem*.

(2) Voir plus haut p.

(3) Io. Andreae. In c. 11. *Ex parte*. X. *De transactionibus*. I. 36.

(4) Bartolus. In. Cod. I. 14. I. n. 2 s.

(5) Baldus. In c. 5. *Pastoralis*. X. *De litis contestatione*. II. 5. n. 12.

(6) Baldus. *Additio in Speculum iuris* I. I. de dispensatione aequitas est flexio rigoris ad humaniorem partem ; ius est constitutio rationabilis.

(7) Baldus. In Dig. I. I. *De iust. et iure*. l. 1. *Iuri operam*, n. 11. Il vient en effet, de parler de l'*aequitas in genere* qu'il avait définie de la façon suivante : « applicatio animi ad rectum iudicium, intellectu non errante in substantia, nec in circumstantiis facti, sicut dicitur quod aequum est iudicium ecclesiae, clave non errante »

(8) Baldus, *ib.*

l'application : principes tirés du droit naturel, du droit civil ou de la législation canonique (1).

Cette distinction est intéressante parce qu'elle nous donne le sens de l'expression « *aequitas canonica* » : il s'agit des dispositions canoniques elles-mêmes, de celles qui sont fondées sur les principes du droit canonique.

Les auteurs postérieurs (2) rappellent tous la définition attribuée à Saint Cyprien et celle que l'Hostiensis avait donnée. Seul le Cardinal Zabarella donne une notion qui tranche, sinon par le sens, du moins par l'expression : « *Aequitas appellatur misericordia* (3), *est quaedam temperantia iuris* » (4). Quant au Panormitan, il se contente de changer un mot dans la définition de l'Hostiensis ; au lieu de dire : « *aequitas est motus rationabilis regens sententiam et rigorem* », il la définit : « *est motus rationabilis continens misericordiam et rigorem, est quaedam continentia et quoddam temperamentum ; decedens ex causa communibus regulis iuris* » (5).

Ces définitions manifestent nettement le caractère de compilateurs propre aux auteurs du XIV^{me} et du XV^{me} siècle : les auteurs reprennent indistinctement et sans esprit critique les définitions et notions antérieurement données d'où qu'elles viennent, du droit romain ou du droit canonique (6). Seul Jacques de Révigny paraît surpris du fait que l'équité puisse aboutir à des conséquences rigoureuses : l'explication était historique et se trouvait dans l'origine romaine du terme. Aussi,

(1) Duarenus (1505-1559) reprendra, malgré ses préventions, le concept de Balde. *L'aequitas naturalis* est le jugement de la raison dont l'évidence apparaît aux ignorants eux-mêmes ; *l'aequitas civilis*, par contre, est fondée sur les principes tirés du droit civil. (Dig. II. 14. *De pactis*. l. 1. *Huius edicti*). *Naturalis aequitas est iudicium rationis cui sponte imperati etiam sine ulla probatione consentiunt... civilis est probabilis ratio quae non omnibus hominibus naturaliter cognita est, sed paucis qui prudentia et usu praediti sunt*). Cette distinction ainsi présentée offre un certain intérêt, en ce sens que les solutions fondées sur le droit civil sont préférées à celles qui sont basées sur le droit naturel. La raison donnée est curieuse : comme les lois déterminent et précisent le droit naturel, mieux vaut les appliquer plutôt que ce dernier qui est moins bien connu. (Bolognetti. *De lege, iustitia et aequitate*. c. XXXII. 11. (Maior hic est autoritas aequitatis civilis ac naturalis). — Aussi trouvons-nous que le concept d'*aequitas* présenté par P. Fedele (*Generalia*, p.) semble faire abstraction de cette donnée. Le concept de Bolognetti était d'ailleurs identique à celui de Balde. Ce dernier disait : Ad Cod. VI. 2. 3. *Si mater*, n. 1. : *extenditur aequitas scripta ad aequitatem non scriptam propter identitatem rationis*. C'est toujours le même sens que garde encore Caepolla, *De int. ext.* VI. 56 : *Quando aequitas non est scripta, nec rigor scriptus, puta quando occurrit casus nondum scriptus similis cuiusdam iuris positivi scripti, et similitudo aequitatis in aliis terminis suadet oppositum : certe debemus potius sequi simile aequitatis quam simile, rigoris iuris*. Oldendorp disait dans le même sens : « *Non scriptam illam vocamus, non quasi liceat sine observantia iuris scripti, sed quia longius, recedit a thesibus scriptis* ».

(2) Voir les canonistes au c. 11. *Ex parte*. X. *De transactionibus*. I. 36. Tous rappellent les définitions antérieures sans modification. — Voir aussi les commentateurs civilistes au Dig. I. 1. 1 et 9 et au Cod. I. 14. I, ainsi que Cod. III. 1. 8. — Voir P. Aucharanus, *Repetit.* in c. 1. *Canonum*. X. *De constitutionibus*. l. 2.

(3) *Lectura super lib. Decret.* in c. 11. *Ex parte* X. *De transactionibus*. I. 36.

(4) *Ib.* in 6. 31. *Licet* X. *De simonia*. V. 3.

(5) In C. 11. *Ex parte*. X. *De transactionibus*. I. 36, n. 6.

(6) A. Giannini. *Equità*, p. 202. Arc. guir. t. 109-1931.

a-t-il voulu repousser la définition canonique. Mais la tradition, favorisée d'ailleurs par des textes mêmes romains, fut plus forte : l'équité par suite de l'influence du droit canonique, avait joint une tendance miséricordieuse au concept de justice, et elle conserva ce double caractère.

§ II. — L' « AEQUITAS » ET L'INTERPRÉTATION

La notion d'équité avait donc été maintenue telle que l'avaient léguée glossateurs et canonistes. Il ne devait pas en être de même de la théorie sur l'usage qu'on en fit.

Sans doute, l'opposition classique fondamentale reste à la base de la doctrine. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement dans le maquis des textes législatifs au milieu desquels se débattaient juristes et canonistes. Mais ces auteurs, habiles raisonneurs, ne pouvaient manquer de trouver de nouvelles sous-distinctions qui aboutiraient à restreindre l'emploi de l'équité, car le caractère principal des commentateurs était d'étendre le plus possible la volonté du législateur.

Accurse avait fondé les points fondamentaux de la théorie : l'équité est utilisée quand elle est écrite ou au cas de silence de la loi : dans tous autres cas prévaut le droit écrit (1). Dynus trouve moyen de diminuer encore la place laissée à l'équité même écrite : il applique le principe suivant lequel l'espèce déroge au genre : quand il y a conflit entre *rigor scriptus* et *aequitas scripta*, la *rigor* concernant une espèce l'emporte sur la disposition équitable générale (2).

Jacques de Révigny et Pierre de Belieperche vont plus loin encore et s'attaquent au principe lui-même de la prédominance de l'équité même écrite et basée sur la loi *Placuit* (3) : argument sans valeur, disent-ils, puisque la loi *Placuit* concerne exclusivement les cas d'opposition entre équité écrite et rigueur non écrite et non point entre équité et rigueur écrites (4). La seule solution est d'admettre la loi la dernière en date. Cette solution finit par l'emporter dans la doctrine, sauf au cas où il serait impossible de déterminer cette date : dans cette hypothèse, l'équité pourra l'emporter (5).

Cynus de Pistoie, leur élève, après avoir rapporté tous ces points en détail, admet cependant que l'équité non écrite peut être employée même lorsqu'elle est en opposition avec la *rigor* écrite, quand il y a

(1) Glossa in Cod. I. 14. I. v. *aequitatem*. Pone casum in iure stricto et scripto et aequitate non scripta ut ff. *qui et a qui*. l. *prospexit*. 12. (Dig. XL. 9.) ff. *man. l. inter causas. non omnia* (Dig. *mandati vel contra*. XVII. 1.) et in his legibus est aequitas non scripta, iure scripto et stricto contrario. Gl. marg. in Cod. III. 1. 8. nota hic agi de aequitate scripta, alias secus ut supra de *legibus*.

(2) In VIum. *De regulis iuris*. Reg. 2.

(3) Cod. III. l. 8.

(4) In Cod. I. 14. D'après Cynus Pistoriensis, ib. n. 4.

(5) In Cod. I. 14. l. 1. ib.

doute sur le sens exact de celle-ci : n'est-il pas naturel de faire alors prévaloir la solution équitable ? (1).

Il est le dernier auteur qui ait apporté une légère contribution à cette théorie. Depuis le premier quart du XIV^{me} siècle, les auteurs se contentent de transmettre les résultats auxquels sont parvenus en cette matière glossateurs, canonistes et commentateurs : dans les cas qui ne sont pas laissés à l'arbitraire du juge, la rigueur écrite ne doit pas nécessairement prévaloir ; si la rigueur et l'équité sont écrites, doit l'emporter celle qui concerne un cas d'espèce ; si toutes deux regardent la même espèce ou le même genre, il faut préférer le texte le dernier en date, et, au cas de doute sur ce point, il faut donner le pas à l'équité même non écrite.

Ainsi, les commentateurs ont plutôt réduit encore l'emploi de l'équité dans l'interprétation. Il faut reconnaître cependant que si la place qui lui était pour ainsi dire officiellement attribuée connaissait des restrictions, les théories alors en vigueur sur la *ratio legis* et la méthode d'interprétation laissaient pratiquement aux juges et aux interprètes toute la latitude qu'ils pouvaient désirer.

§ III. — LA CORRECTION DE LA LOI

A côté de l'influence qu'exerçait la notion d'équité, il ne faut pas passer sous silence un autre élément, une conception formellement reçue chez les commentateurs et qui plus tard sera connue sous le nom d'épikie et d'*aequitas*, quoique aux XIV^{me} et au XV^{me} siècles, elle lui paraisse être encore étrangère. L'épikie consiste à excepter de l'application d'une loi, en raison de circonstances particulières, un cas cependant compris dans la généralité de ses termes (2).

Les règles du recours à l'épikie ont été déterminées et précisées par la théorie des commentateurs en matière d'interprétation. A l'opposé des glossateurs, ils sont plutôt exégètes et portent toute leur attention sur la *mens legislatoris*, sur l'intention du législateur. Celle-ci seule est la loi, parce que seule la chose voulue par lui est imposée. Cette intention est connue directement par les termes de la loi, indirectement par la *ratio legis*. Celle-ci est l'élément formel de la loi puisqu'elle est la volonté du législateur lui-même, elle doit donc l'emporter au cas de conflit avec l'expression verbale de cette loi. La volonté du législateur est à respecter avant tout. Ainsi, dans un cas où la volonté du législateur est manifestement contraire à l'application de la loi, il ne faut pas hésiter à respecter l'intention, serait-ce au dépens des termes de la loi.

(1) In Cod. III. l. 8.

(2) A. Van Hove. II. p. 287. *Stricter definitio epikeiae. Communiter scriptores definiunt interpretationem legis in casu individuo contra verba eius clara, sed secundum mentem legislatoris.*

Dynus, le premier, à notre connaissance, fait ce raisonnement à propos de la règle *Certum* du Sexte (1).

Bartole, dans son commentaire de la loi *Omnes populi* du Digeste (2) donne l'exemple suivant afin de mieux expliquer sa pensée : un statut de Bologne interdit de verser le sang sous peine de mort dans le palais, sauf s'il s'agit du chirurgien ou du barbier, au cas de nécessité. Mais, ajoute Bartole, il ne faudrait pas admettre cette exception, si la peine (en l'espèce la peine de mort) n'infligeait aucun dommage (3). Ainsi, selon Bartole, seule la gravité de la peine empêche l'application de la loi.

Balde fait toutefois remarquer que le principe à appliquer est beaucoup plus général : toute loi doit être appliquée sauf le cas où la raison fait défaut qui l'a fait naître, quand cesse la *ratio legis*. Or, il est manifeste dans l'exemple apporté par Bartole, que la *ratio legis* n'existe nullement quand le médecin ou le barbier versent le sang pour sauver un malade (4). Cette précision apportée par Balde en un point qu'avaient touché les glossateurs est à noter, parce qu'elle montre dans quelle mesure les notions d'équité et d'interprétation sont voisines. Si la loi doit cesser de s'appliquer c'est que la fin voulue par le législateur fait défaut : c'est bien un problème d'interprétation (5).

Les commentateurs avaient ainsi mis au point la doctrine de l'équité. Sans précisément piétiner sur place, puisque d'intéressants développements avaient été apportés à la distinction d'équité écrite et non écrite, ils avaient définitivement admis la doctrine canonique d'une équité miséricordieuse et bénigne que les glossateurs ne connaissaient pas. C'était là le point le plus important. Par contre, c'est aux glossateurs que les canonistes ont emprunté les distinctions qui règlent l'emploi de l'équité écrite ou non écrite. Aux XIV^{me} et XV^{me} siècles, la fusion se fait puisque les uns et les autres travaillent souvent les mêmes matières, étudient les mêmes écrits, s'inspirent des mêmes sources.

(1) In VI^{um}. *De reg. iuris*. Reg. 88. *Certum*. Mihi autem videtur quod cum mens nihil aliud sit quam ratio quae legislatorem movit... et videtur quod ubicumque constat de ratione legis seu mente, verbis contraria, liceat offendere verba mentem servando. — La nouveauté de cette affirmation consiste non dans l'importance qui y est donnée à la *mens legislatoris*, importance déjà reconnue (c. *Intelligentia*. 6. X. *De verb. sign.* V. 40.) mais dans l'assimilation de la *mens* à la *ratio*.

(2) In Dig. I. 1. 9. *Omnes populi*. 2. q. — Voir aussi le même In Dig. I. 3. *Non dubium*.

(3) In Dig. I. 1. 9. n. 8.

(4) Baldus. Dig. XVII. 2. *Quod pro socio*. l. 84. ult. n. 3.

(5) Notons cependant que telle n'est pas à proprement parler l'épikie. Sans doute, matériellement, il semble y avoir épikie puisqu'il y a exception et non application d'un cas qui rentre pourtant dans la compréhension des termes de la loi. Il faut cependant faire remarquer que l'épikie ne joue pas en vertu de la *mens expressa* du législateur, mais en vertu d'une présomption de sa volonté. Dynus et Balde ne font pas cette distinction. Mais elle est très nettement exprimée par Laymann (*Th. mor.* tr. IV. c. 19). Il distingue une double restriction à la portée de la loi : l'une, en vertu de la volonté expresse du législateur connue par l'intermédiaire de la matière et de la raison de la loi, l'autre, au contraire, en raison des circonstances exceptionnelles.

CHAPITRE V

L'Équité depuis la Renaissance

La renaissance des études romaines à la fin du XV^{me} siècle allait exercer sur la doctrine de l'équité une double influence : en faisant la critique des sources auxquelles les juristes puisaient, elle allait tendre à supprimer la double distinction *rigor-aequitas* et *scripta-non scripta*, et ainsi anéantir en partie l'édifice élevé par les glossateurs ; d'autre part, l'influence croissante d'Aristote et de Saint Thomas (1) allait préciser le concept de l'équité non écrite et déterminer dans quels cas il pourrait y être fait appel.

La Renaissance exerce donc d'abord une œuvre négative, puis en modifiant la théorie de l'équité, une œuvre positive. Après avoir exposé successivement l'une et l'autre nous verrons dans quelle mesure elles se sont maintenues.

§ I. — ŒUVRE NÉGATIVE DE LA RENAISSANCE

La théorie sur le rôle de l'équité ne fut pas sans subir le sort commun : après avoir dominé deux siècles durant et engendré l'équité canonique, elle fut très vivement attaquée dès la Renaissance des études romaines à la fin du XV^{me} siècle. Il nous reste à exposer le motif de ces attaques et leurs conséquences pratiques, tant au point de vue du maintien de cette distinction qu'au sujet de l'évolution qu'elle subit partiellement.

La renaissance des études juridiques romaines avec Accurse, Cujas et l'école romaniste de la fin du XV^{me} siècle, renversa de fond en comble la renommée dont jouissait l'école d'Accurse (2). Il était admis depuis plusieurs siècles qu'il était insensé de donner des avis contraires à ceux

(1) Surtout par l'intermédiaire des *Summae confessorum*. A. Van Hove, I. pp. 270 ss. — C. K. Allen. *Law in the making*, p. 182.

(2) Bolognetti. *De lege, iustitia et aequitate*. c. XXXIII, nn. 8 s. — Io. de Salas. In I. II. q. 97, tr. XIV, disp. 21. s. II.

de la Glose (1). Mais cette Glose justement ne tenait pas un compte suffisant des textes romains. Peu critique, elle se laissait entraîner dans son interprétation par une dialectique trop raffinée ou par l'équité : tels étaient les griefs de la nouvelle Ecole.

D'après la nouvelle Ecole, la distinction entre dispositions équitables et rigoureuses est inadmissible : peut-on admettre que des lois contraires entre elles puissent coexister dans un même corps de droit ? (2). S'il peut y avoir des dispositions législatives contraires, il appartient aux juristes de les déceler, mais il ne peut certes pas y avoir d'opposition entre dispositions équitables et dispositions rigoureuses portant sur un même point. Aussi, les juristes s'évertuent-ils à concilier les textes des deux législations romaine et canonique : Oldendorf publie un traité « de collatione utriusque iuris » qui tente de concilier les points de vue (3). Aristote ne disait-il pas expressément que l'équité commençait là où cessait le droit (4). Comment, dans ces conditions, parler du « ius aequum » et d'un « ius rigorosum » ? Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'équité tempère la rigueur de la loi.

La distinction entre équité écrite et équité non écrite était surtout attaquée. Un texte formel ne prévoyait-il pas que le juge devait toujours avoir l'équité devant les yeux ? (5). Il y avait loin de là à attribuer au Prince seul le pouvoir de juger en équité. Des textes très clairs l'accordaient au juge (6), et Aristote, surenchérissait les moralistes, l'accordait même aux personnes privées (7).

Quelques juristes, tel Mare Salomon (8), n'allaient pas aussi loin : ils disaient seulement que parler d'une équité écrite est une expression impropre. Sans doute, les édits des Préteurs étaient fondés sur l'équité, mais, en devenant loi ou coutume, elles cessaient d'être équité, puisque, suivant Aristote, l'équité est précisément ce qui est omis par la loi.

Les auteurs étaient donc unanimes (9) pour rejeter cette double distinction, *rigor* et *aequitas*, *aequitas scripta* et *non scripta*. Et, néanmoins,

(1) Iac Butrigarius. In Cod. III, 4. I. Licet hoc verum sit, ego non recederem a glossa ; ubi firmat pedes, serva eam. — Balde disait : contra glossam fatuum est consulere. — Et Raphaël Fulgosius : maior est auctoritas glossatoris et sequentium quos supra rettuli Bartoli et Baldi in eorum decisionibus non satis auderem a tanta et tantorum auctoritate discedere, nec contra consulere quod discederet, etiam si stricta disputandi ratione putarem diversam sententiam veriore (cité par E. M. Meijers, *iuris interpretes saeculi*, XIII, p. XLX).

(2) Bolognetti. Ib. n. 11. — Giannini. *Equità*, Arch. giur. t. 109-1931, p. 185.

(3) Lyon, 1547.

(4) I. Rhetor. c. 10. Aequum et iustum praeter legem scriptam. — Et au c. 13 : si enim aequitas est ius quod lex praetermisit, nullo modo dari potest scripta aequitas.

(5) Dig. XIII. 4. *De eo quod certo loco*. 4. *Quod si Ephesi*. In Summa, aequitatem quoque ante oculos iudex habere debet. — Dig. L. 17. *De reg. iuris*, l. 91.

(6) Voir note précédente.

(7) De Salas o. c. ib. sans toutefois indiquer le texte d'Aristote auquel il se réfère.

(8) Rub. Dig. I. 1. *De iustitia et iure*. n. 21. cité par Bonacossa. *De aequitate canonica*, p. 11.

(9) Donellus, *De iure civ. commentaria*. Lib. I. c. 13, n. 13.

il suffit de tourner quelques pages pour la voir reparaître ; ainsi, dans le « *De aequitate* » de Calvinus (1). D'autres juristes essaient de sauver cette distinction en l'appliquant à des objets différents ainsi, suivant Ioannes-Andreas Trochaeus (2), l'équité écrite consiste dans les réponses des jurisconsultes et l'équité non écrite est celle qu'utilisent les juges pour rendre des sentences en toute justice.

On continue toutefois d'utiliser cette pratique, notamment dans les décisions rotales où elle était encore en usage à la fin du XVIII^{me} siècle (3).

§ II. — L'INFLUENCE D'ARISTOTE

Mais ce travail n'est que le côté négatif de l'œuvre de la Renaissance gréco-latine. A la fin du XV^{me} siècle et au début du XVI^{me}, avec la renaissance des études classiques et l'accroissement d'influence du thomisme, un troisième courant vient renforcer le courant romano-chrétien : celui d'Aristote. Son importance est d'autant plus grande que cette théorie sur l'équité se trouve exprimée avec une fermeté d'allures qui lui attribue immédiatement une place de choix parmi celles qui étaient jusqu'alors en vigueur. Nous allons esquisser en premier lieu la théorie telle qu'elle ressort des exposés d'Aristote et de Thomas d'Aquin, nous dirons ensuite pourquoi elle a été appelée *aequitas*, pourquoi enfin cette *aequitas* est vraiment une création de la pensée aristotélicienne.

Le concept d'équité que nous transmet le Docteur Angélique est celui qu'Aristote nous présente sous le nom d'épikie. Aristote appelle épikie, d'une part une qualité du droit, de l'autre une vertu (4). La seconde signification moins intéressante à notre point de vue fera tout à l'heure l'objet d'une remarque, la notion qui doit nous occuper surtout est la qualité qu'Aristote attribue au droit. Nous disons qualité du droit lui-même et non pas de la loi, puisqu'elle modifie la loi pour la rendre conforme au droit.

Le chapitre V de l'*Ethique à Nicomaque* définit en effet l'épikie : « *correctio legitimi iusti* », c'est-à-dire correction du juste légal. Un peu plus loin le Stagirite précise : la nature de l'équité est de corriger la loi, car il manque à cette dernière quelque chose à cause de sa généralité. La loi est, de fait, universelle, ses termes embrassent de nombreux cas : les hypothèses qui se présentent le plus souvent, qui doivent être réso-

(1) Il repousse cette distinction, au moins comme impropre, au chapitre III, et la reprend au chapitre IV 2°.

(2) *De officio iudicis*, c. VII.

(3) Parmi les Rec. V. 243. — XVI. 273, par exemple.

(4) *Ethic. Nicom.* V. c. 10.

lues le plus fréquemment. Or, parfois, les circonstances sont telles, qu'elles exigent, à raison de la modification de l'espèce envisagée, une autre solution que celle donnée par la loi. Le législateur aurait certes réglé le droit différemment s'il avait prévu le cas dans des circonstances si différentes. Faudra-t-il quand même appliquer la loi telle qu'elle est, au risque d'aller certainement contre l'intention du législateur ?

Aristote répond que le droit et l'épikie sont deux notions qui se superposent (1). Si, dans la plupart des cas, la justice exige que la loi soit fidèlement et strictement observée, il est des hypothèses où pour rester fidèles à l'intention du législateur, les termes de la loi imposent une correction. Cette correction sera l'œuvre de l'épikie : elle va à l'encontre de l'expression verbale pour réaliser l'intention du législateur.

Aristote se demande ensuite quelle est l'origine de cette déficience : vient-elle de la loi ? du législateur ? il l'attribue à la nature des choses, à la vie elle-même, si diverse, si nuancée dans ses manifestations. Il termine en comparant l'épikie à la règle de plomb utilisée à Lesbos qui s'appliquait exactement aux briques qu'elle devait mesurer. Ainsi la règle posée par la loi ne doit pas être appliquée dans sa rigidité, elle doit au contraire s'assouplir et s'adapter aux circonstances qu'elle aura à régir. Tel est donc le concept aristotélicien de l'épikie en tant que qualité du droit, en un mot : la loi peut comprendre des cas que le législateur résoudrait certainement d'une manière différente qu'il ne l'a fait. A ceux-ci la loi ne s'applique pas, en vertu même de l'intention du législateur.

Quand à la seconde signification de l'épikie, elle concerne la vertu de celui qui applique l'épikie à bon escient. C'est une vertu annexe à la vertu de justice, avec une tendance à la condescendance et à la miséricorde, comme semblent l'indiquer, outre le texte dans lequel il la définit, quelques autres passages de son œuvre. Il la définit en effet ainsi : « *potius attendit... etiamsi habeat legem auxiliatricem* ».

S. Thomas reprend le concept d'Aristote (2). Il semble cependant restreindre l'emploi de l'épikie au sens où l'application généralisée de cette loi serait contraire au bien commun. Dans cette hypothèse, la loi serait injuste. Saint Thomas précise en effet trois cas d'emploi de l'épikie : quand l'application de la loi est contraire à l'égalité, au droit naturel, au bien commun. Il complète cet aperçu en se demandant s'il faut permettre aux justiciables et aux juges indistinctement l'usage de l'équité telle qu'il vient de le définir. Sa réponse ne pouvait être absolument affirmative. Et de fait, il distingue, mais sa pensée ne paraît guère ferme. Dans l'article 6 de I. II. 90, il répond négativement, à moins que le temps fasse défaut de recourir au législateur. Et il fait la même réflexion

(1) M. Haring, *Die Lehre von der Epikie*, Theol.-prakt. Quart. 1889, p. 582.

(2) S. Thomas, *Summa theol.* I. II. 96. 6. c. — II. II. 60. 5. ad. 2. — II. II. 120. 1. c.

xion dans la réponse ad 3um de l'article I de la II. II. q. 12. Le principe est néanmoins maintenu : la loi doit être observée, car on ne peut laisser à chacun la possibilité de juger de l'utilité ou de la licéité de la loi. Ce jugement n'appartient en principe qu'au Supérieur, qu'au titulaire du pouvoir législatif.

Toutes les références de Saint Thomas sont tirées d'Aristote. Seul, un passage de Modestin rappelé dans la réponse ad 3um de la II. II. q. 60, montre qu'il a eu connaissance d'une hypothèse semblable dans le Digeste (1).

Tel est donc le concept d'épikie donné par le Philosophe et tel, au moins dans les grandes lignes, le reprendront les canonistes.

Toutefois en recherchant dans quelle mesure il a influencé le droit canonique et aussi comment ce dernier l'a modifié, il est indispensable de déterminer d'abord pourquoi l'épikie a été appelée *aequitas*, ensuite si elle est indiscutablement une création de la pensée aristotélicienne.

L'*aequitas* du droit romain n'est autre chose que la justice ; celle du droit canonique du XI^m siècle impliquait miséricorde et condescendance. Pourquoi donc ce même terme désigne-t-il cette fois une opération juridique destinée à neutraliser et même à corriger une loi trop générale ?

Il faut en voir probablement la cause dans le membre de phrase ajouté par Saint Thomas à sa définition de l'épikie : « quae apud nos dicitur aequitas ». Le Docteur Angélifique ne semble pas en effet avoir eu autre chose en vue que de traduire mot pour mot ἐπιεικεία. *Επιεικὴς* signifie *quod aequum est*, *aequum bonum*, et le substantif qui est de la même racine ἐπιεικεία ne peut évidemment signifier que *aequitas* : exactement comme *aequum* donne *aequitas*, ἐπιεικὴς donne ἐπιεικεία. Les auteurs ont fidèlement reproduit la pensée du Docteur sans faire attention au sens de l'*aequitas* romaine ou de l'*aequitas* du droit canonique du XI^m siècle. Par une bizarre coïncidence cependant, c'est en vertu de la notion de l'*aequitas* romaine qu'une disposition de loi peut être corrigée ou amendée, alors que dans la doctrine de Saint Thomas une disposition légale est corrigée pour une raison de justice.

La réponse à la question de savoir si l'épikie admise en droit canonique est d'origine exclusivement aristotélicienne est plus difficile à résoudre. A priori, il est permis de penser que pareille institution juridique n'a pu être étrangère au droit romain tout au moins. Ce n'est certes pas uniquement chez les Grecs que la loi, à cause de sa généralité, pouvait être quelquefois manifestement inapplicable. Au fond, c'est de

(1) Modestinus Dig. I. 3. 25. Nulla ratio iuris aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriori interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — Egalement cité I. II. 96. 6. c. — Aristote avait dit (I. *Rhet.* c. 13) : Aequum est etiam rebus humanis ad ignoscendum commoveri et non legem, sed legis scriptorem, et non verba sed sententiam spectare, nec factum sed voluntatem...

cela qu'il s'agit, d'une impossibilité morale à appliquer la loi. De fait, cette institution si bien étudiée par Aristote et précisée par Saint Thomas est retrouvée dans le Digeste tout aussi bien que dans les Décrétales. La loi « non dubium » Dig. *de legibus*. Dig. I. 3. 5. ne déclare-t-elle pas : « Non dubium quod is committit in legem qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem » ? Cette règle est reprise dans le Sexte (1).

Mais les glossateurs et les commentateurs ne semblent pas avoir interprété ces textes dans le sens de l'épikie aristotélécienne : suivant eux il s'agissait des rapports de la *ratio* ou de la *mens* et de l'expression verbale de la loi. Celle-ci ne devait pas recouvrir la première : la *ratio*, la *mens legis* devait recevoir son développement intégral. Il s'agissait suivant eux, d'une question d'interprétation, alors que l'épikie vise un cas nommément prévu par le législateur, donc résolu par lui, mais dont les circonstances sont telles que l'application de la loi répugne à la raison naturelle.

Suarez (2) reprend la conception de Saint Thomas, mais il l'élargit ; outre les raisons tirées du défaut de pouvoir du législateur, il admet celle du défaut de volonté chez ce dernier. L'épikie consiste ainsi dans la correction d'une loi dont les termes sont trop généraux dans trois cas : quand l'obéissance à la loi est inique, quand son obligation pour l'ensemble de la société est trop pénible : deux choses que ne peut se permettre le législateur car ce serait déraisonnable, enfin quand on peut présumer que telle est bien la volonté du législateur, qui n'a pas l'intention d'obliger en tous les cas et dans n'importe quelles circonstances (3). Suarez élargit ainsi la notion thomiste d'épikie et y englobe non seulement les cas extraordinaires mais aussi les causes excusantes (4).

La cause de cette modification de la théorie aristotélécienne de l'épikie se trouve probablement dans l'influence de la notion traditionnelle d'équité faite d'une justice inclinant vers la miséricorde.

A la question de savoir quand il faut recourir au législateur, Suarez, quand il y a doute sur les cas d'épikie, se montre moins strict que Saint Thomas. Celui-ci (5), suivi par ses commentateurs (6), avaient imposé le recours au législateur lui-même, sinon l'application de la loi. D'autres, sous l'influence du probabilisme, permettent l'emploi de l'épikie s'il est probable que le cas ne tombe pas sous l'empire du législateur, même s'il n'y a pas péril en la demeure : ils le refusent, par con-

(1) VI. Reg. 88. *Certum*. — Voir aussi c. *Intelligentia*. 6. X. *De verborum significatione*, V. 40.

(2) *De legibus*. VI. c. 7. s. — Il la tenait sans doute de Sylvester qui reprend le concept de S. Thomas, *Summa summarum*, f° 155. v. *Equitas*.

(3) Ib. n. 11.

(4) Quoique prétende Suarez, il semble dépasser certainement la pensée d'Aristote et celle de Saint Thomas. L'un et l'autre restreignent l'épikie au cas extraordinaire d'une application injuste de la loi. Saint Thomas pas plus qu'Aristote ne parlent de modérer la loi.

(5) I. II. 96. 6. c.

(6) Cajetan, ib. — Dom. Soto. *De iustitia et iure*. I. q. 6. art. 8.

tre, si le doute porte sur la volonté elle-même du législateur : le législateur seul peut décider même s'il s'agit d'un cas urgent ; Suarez, au contraire, n'use pas de la distinction précédente : si rien ne presse, dit-il, il faut recourir au législateur ; si l'affaire ne souffre aucun retard, on peut faire usage de l'épikie (1).

Cette conception suarézienne de l'épikie faisait donc une large place à l'intention présumée du législateur et à la bénignité qu'elle lui supposait. Ceci explique pourquoi la plupart des auteurs reprenant les explications du célèbre jésuite ont défini l'épikie ou l'équité, car, pour eux, c'est tout un : « *interpretatio benigna mentis legislatoris secundum quam casum aliquem ob suas circumstantias lege universaliter lata non esse comprehensum* ». Pour Salas (2), elle est une *emendatio legis*. Vasquez (3) la donne aussi comme une *emendatio praefer communem regulam*. Castropalao (4) unit les deux notions d'ailleurs bien voisines : est *emendatio legis seu interpretatio*. Engel (5), un peu plus tard, disait : *est benigna interpretatio secundum aequum et bonum*. Reiffenstuel plutôt traditionaliste, conserve cette distinction sans reproduire les critiques qui lui étaient adressées. Il se contente, à cause des excès de ceux qui recouraient abusivement à l'équité non écrite, de rejeter l'équité cérébrine, à laquelle il l'assimile (6). Il rappelle à ce sujet que l'équité doit être appuyée sur le droit, « *informata a iure* » (7). Et il penche sensiblement à confondre la distinction adoptée jadis par Balde entre l'équité naturelle et l'équité civile : l'une dépendait du jugement du commun des mortels, l'autre au contraire relevait uniquement des juristes et de ceux qui ont autorité en matière juridique (8).

Pichler (9) reprend plutôt le sens donné par Saint Thomas. Schmalzgrueber (10) celui de Suarez et la définit : *interpretatio ex aequo et bono*. Saint Alphonse de Liguori (11) lui donnait le même caractère.

Au XVIII^{me} siècle, Zallinger (12) reprenait cette définition ; pour Van den Berghe (13) et pour Feye (14), elle est une « *emendatio aliqua legis quae censetur in aliquo particulari casu deficere, non obstante eius universalitate* ». D'après Wernz, elle est une « *prudens moderatio legis scriptae* » (15).

(1) Suarez, o. c. l. c. c. 8, n. 9.

(2) Io. de Salas, o. c. q. 91. tr. XIV. disp. 2. s. 8. n. 1 s.

(3) G. Vasquez, In I. II. q. 96. a. 6.

(4) Theol. mor. *De conscientia dubia*, disp. 3. punct. 8.

(5) *Collegium*, L. I. tit. 2. nn. 76 ss.

(6) Reiffenstuel, L. I. tit. 2. nn. 279 ss. et 415 ss.

(7) Reiffenstuel, Ib. n. 416. — Cette conception remonte d'ailleurs aux origines. Voir plus haut p. 174. Elle diffère néanmoins certainement de la distinction *acquitas scripta et non scripta*.

(8) Idem, Ib. n. 416.

(9) *Ius*, L. I. tit. 2, n. 76... si... fierit nimis dura, vel irrationabilis, vel iniqua.

(10) *Ius*, L. I. tit. 2, n. 49.

(11) *Th. mor.* L. I. tr. 2, c. 4. III.

(12) *Institutiones*, L. I. tit. 2. 185.

(13) *De legibus*, nn. 124 s.

(14) *De legibus*, c. 15, n. 192.

(15) *Ius*, I. 270.

Muratori insiste sur la nécessité d'éviter une équité qui « assassine la justice » (1).

La conception suarézienne était donc en fin de compte conservée : elle avait l'avantage de tenir compte dans l'étude de la notion d'équité et dans son emploi, de la double tradition romaine et canonique, puisqu'elle s'inspirait non seulement de la justice, mais aussi de la miséricorde. Seul d'Annibale (2) propose une notion qui rattache entièrement l'épikie à l'interprétation de la volonté du législateur. Toutes les causes excusantes ou basées sur le droit naturel, dit-il, trouvent une explication autre que l'épikie elle-même ; il faut donc les écarter de cette notion. L'épikie existe exclusivement dans un cas tout-à-fait extraordinaire, nommément prévu par la loi, mais se présentant en de telles circonstances que le législateur ne voudrait certainement pas l'y inclure.

Quoiqu'il en soit, la majorité des auteurs reprend donc la définition de l'équité où se trouve concrétisé le résultat des influences romaine, canonique et aristotélicienne : cette équité est romaine et canonique en ce qu'elle a pour motifs des raisons tirées du droit naturel ou de la bénignité présumée du législateur ; elle est aristotélicienne en ce que son cadre provient presque exclusivement d'Aristote : il s'agit d'un cas nommément prévu par une loi qui ne s'y appliquera pas.

(1) L. A. Muratori. *Dei difetti*, p. 102.

(2) *Summula*. I. 187, note 49.

CHAPITRE VI

L'Équité en droit canonique

Nous devons déterminer maintenant quelle est la solution admise en droit canonique sur le problème de l'équité et de l'interprétation, compte tenu des traditions qui ont marqué de leur empreinte l'ensemble de cette théorie. Faisant le départ des points de vue que l'expérience a éliminés et de ceux dont le maintien s'impose, nous espérons donner un aperçu exact de la théorie actuelle de l'équité canonique.

L'ossature en est formée par le maintien de la conception aristotélienne et de la conception romaine. La théorie de l'antithèse de la *rigor-acquitas* basée sur le droit romain et le droit canonique primitif a disparu. Reste donc à préciser avec le contenu et le fondement de cette équité, quelle part doit être laissée au concept du droit canonique primitif.

La doctrine a en premier lieu maintenu l'*acquitas* du droit romain, l'*aequitas* justice-égalité; l'équité constitue cette règle supérieure de justice dont Balde disait déjà qu'elle est le fondement de toute interprétation et la règle de tout jugement (1). Elle est cette équité que le juge doit toujours avoir devant les yeux et que le législateur doit réaliser dans ses lois. Ce même concept existe dans toutes les législations issues du droit romain.

§ I. — LE CONTENU DE L'ÉQUITÉ CANONIQUE

N'est-il pourtant pas possible de préciser le caractère de cette équité ? elle s'oppose, nous l'avons vu, à l'équité civile (2). Cette divergence peut être mise en lumière, d'abord en utilisant les définitions que nous ont données de l'équité les auteurs tant canonistes que juristes, ensuite en recherchant dans le droit lui-même, dans les matières commu-

(1) Baldus. In Cod. 9. *Si defunctus*. VI. 55. *De suis et legit.* suivant B. Caepolla. *De interpret.* VI. 4. s.

(2) M. Rotondi *Equità*, p. 407 ; Osilia, *L'equità*, p. 14 s.

nes aux deux législations tout spécialement, les traces de l'influence équitable qui a été exercée par voie d'exception aux principes.

De cette manière, il y a moyen de déterminer autant que faire se peut cette notion, d'elle-même un peu vague, et ce, en indiquant d'une part la fin qu'elle poursuit, et, de l'autre, les résultats auxquels elle a abouti.

Dans les définitions (1) que nous rapportent les canonistes de l'équité canonique, deux principes sont nettement inclus : l'un inclinant à la miséricorde, à tempérer les règles légales, l'autre, au contraire, notant une direction opposée, soit les exigences du bien de la société. Il y a sans doute des nuances dans les divers énoncés qu'ils nous en donnent ; l'un insiste plus et presque uniquement sur la charité, loi essentielle du Christianisme ; l'autre ne manque pas de formuler la nécessité de l'ordre juridique sans laquelle une société ne peut exister. Mais la tendance charitable à la miséricorde, si elle est unie presque indissolublement à la tendance de l'ordre, l'emporte cependant sur elle.

N'est-ce pas à cette dernière que pense l'esprit dès qu'il est question d'équité, équité de mesure, de modération, inclinée à l'adoucissement des règles trop dures et des peines.

L'autre, quoiqu'indéniable, est plutôt exceptionnelle et se trouve généralement sacrifiée à la première.

Mais la première ne va pas sans la seconde, et si l'ordre juridique est quelquefois sacrifié à la loi de charité, il n'en est pas toujours ainsi. Le canon 2233 § 1 en est une preuve : il autorise le juge, si besoin est, à accroître la peine d'un coupable, s'il le juge indispensable au bien de la société ecclésiastique.

Cette double direction paraît dans la définition donnée de l'équité ; les auteurs y distinguent l'*aequum* et le *bonum* (2). L'*aequum* est ici autre chose que le *ius* : c'est un droit peut-être, mais un droit porté à concéder, à tempérer, à adoucir, bref, un intermédiaire entre le droit strict et la charité pure ; le « *bonum* » par opposition est l'élément utilitaire, le rapport à la fin de la société : assurer aux âmes le bonheur temporel, mais spirituel, qui leur permettra d'atteindre le bonheur éternel (3).

Si toutefois ces deux tendances ont toujours coexisté, l'une d'elle, et justement la tendance charitable, a été entendue plus ou moins strictement.

A l'origine de la législation canonique écrite, celle-ci était bien plus importante et plus forte qu'elle ne le fut après le XIV^{me} siècle (4).

N'est-ce pas l'Hostiensis qui dans sa *lectura* reproche à ses adver-

(1) Cf. plus haut, p.

(2) B. Caepolla. *De interpretatione*, VI, 30.

(3) W. W. Buckland. *Equity*, p. 47 ss.

(4) C. Kamp Allen, *Law*, p. 233.

saires, partisans de la tendance plus scientifique peut-être, mais moins imprégnée d'esprit chrétien, de se laisser dépasser sur ce point par la législation païenne elle-même (1).

Les Pontifes romains ont, semble-t-il, hésité un certain temps à rompre l'équilibre en faveur de la tendance plus juridique des romanistes (2).

Mais l'influence du droit romain finit par l'emporter en définitive après Bartole (3), en ce domaine comme en d'autres. Si la charité, la miséricorde et la pitié restent l'apanage du droit canonique, elles sont contrebalancées par l'ordre juridique exigé par la société ecclésiastique et dont le droit romain mettait si bien en relief, outre le fondement rationnel, les impérieuses nécessités.

De nos jours encore, ceci est affirmé par la Curie Romaine (4).

Toutefois, le sens de ces deux expressions : charité et bien commun, est susceptible de bien des changements et d'évolution. C'est aux moralistes et aux juristes qu'il appartient de développer la richesse de leur contenu, richesse qui est théoriquement illimitée.

En les considérant en historien, et en voulant les préciser, surtout la notion de charité, puisque la société qu'est l'Eglise n'a été créée que pour permettre à la loi de charité de mieux se développer, sera sans doute un peu précisée cette notion délicate.

Il suffit pour cela de rappeler brièvement les points sur lesquels les divergences sont les plus notables entre les droits romain (5) et civil et le droit canonique. Quant au droit de la famille, si en raison du caractère sacramentel du mariage, ce dernier jouit d'une faveur toute spéciale du droit (6), il tient à assurer la liberté la plus complète du contrat matrimonial, notamment à l'encontre des parents (7). Il repousse la doctrine qui rejette les bâtards hors de la famille de leur père et de leur mère. Il oblige même les parents à leur assurer des aliments (8), alors que le droit romain les refusait (9). Les jeunes filles doivent même être dotées (10).

(1) Hostiensis, *Lectura*. In X. I. 43. *De arbitris*. c. 9. — Cette tendance, mise en doute par P. Fedele (*Generalia*, p. 29) était pourtant reconnue par G. Panziroli (*De claris legum interpretibus*, édit. Hoffmann, p. 330).

(2) Innocentius IV. *Apparatus*. In rub. X. I. 2. *De constit.*

(3) A. Van Hove, II. p. 281.

(4) SR. Rotae dec. 10. II. 1910. n. 19. in c. *Credit* v. II ; dec. 19. VI. 1911. n. 16. in c. *Diffamationis*. vol. III. ; dec. 27. V. 1913. n. 31 in *Solutionis*. v. V.

(5) Voir sur ce point les recueils de comparaison entre les deux droits. Cf. A. Van Hove. I. p. 303. — Oldendorp. I. *Collatio*. — *Rev. hist.* t. 41 (1917), p. 129.

(6) C. 1014. — A. Esmein, *Le mariage*. I. p. 61 s.

(7) C. 1087. — A. Esmein, *ib.* p. 168 s. ; 342.

On connaît la jurisprudence de la Rote tant ancienne que contemporaine sur la crainte révérentielle. Cf. *Coram Lega*. Dec. XIII. in c. *Nullitatis matrimonii*. 2. VI. 1911. n. 6. — L. Mahieu, *Principia et praxis SR. Rotae*, p. 32 s. ; p. 37 ; p. 43 s. — En droit civil, M. Planiol et G. Ripert, *Traité*, I. nn. 1058-1087.

(8) X. IV. 7. *De eo qui duxit* c. 5. *Cum haberet*.

(9) Cod. V. 5. *De incestis nuptiis*. Auth. *Ex complexu*.

(10) *Ib.*

Au point de vue successoral, il insiste sur l'obligation de respecter la volonté du testateur de quelque manière qu'elle parvienne à la connaissance de ses héritiers (1).

La doctrine du droit canonique est connue sur l'observation des conventions : l'accord des parties forme l'unique base des contrats (2) ; tous ceux-ci doivent être considérés comme de bonne foi (3).

Il rejette, en outre, le prêt à intérêt comme contraire à la justice naturelle (4) et n'admet la légitimité de l'intérêt qu'en des cas bien déterminés.

Au point de vue de la prescription, il requiert aussi bien une possession ininterrompue (5) que la bonne foi durant la durée de la prescription (6).

Enfin, quant au droit pénal, le droit canonique a travaillé à la suppression de la vengeance privée (7). Il fait, de plus, prédominer dans la répression sociale les idées d'expiation et de moralisation des coupables sur la nécessité morale du châtiment et son caractère exemplaire (8).

L'esprit du droit canonique, la double tendance qui l'anime, et surtout la prédominance de la tendance charitable semblent donc mises en lumière (9).

§ II. — LE FONDEMENT DE L'ÉQUITÉ CANONIQUE

La loi canonique admet ainsi l'équité à certaines conditions. On peut cependant se demander pourquoi elle prévoit cette application de l'équité : pourquoi autorise-t-elle le juge à user de l'équité en une matière qui n'est pas strictement réglée par la loi ?

Deux raisons peuvent être apportées à cette attitude du droit : le droit canonique est essentiellement un « *ius aequum* » ; cette équité trouve enfin son fondement dans la religion chrétienne elle-même.

L'équité est d'abord admise parce qu'elle est le seul moyen possible

(1) C. 1513 § 2.

(2) X. I. 35. *De pactis*. c. 1. *Antigonus* ; c. 2. *Quotiens* ; c. 3. *Qualiter*.

(3) Ib. — Cf. F. Spiess, *De l'observation des simples conventions*, p. 11. — Roussier, *Le fondement de l'obligation contractuelle*. — F. Roberti, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*.

(4) E. Chénon, *Le rôle social de l'Eglise*, p. 250 s.

(5) VI. *De regulis iuris*. R. 3. *Sine*.

(6) C. 1512.

(7) E. Chénon, *Histoire générale*. I. p. 263 ; p. 255 s. ; p. 165 s.

(8) Ib. p. 265 s. — Cf. Dist. L. c. 64. *In capite* ; c. 1215.

(9) Bien noter pourtant que nous n'avons entendu dans ces précisions données qu'exprimer la tendance de l'équité canonique. En dernière analyse, cette dernière consiste dans les principes de droit naturel, déterminés par la Révélation. L'équité consiste dans ce droit naturel qui a jusque maintenant échappé à l'emprise du droit positif (lois ou principes de droit). Elle n'est cependant par arbitraire, en ce sens que les directions dans lesquelles elle s'exerce sont déterminées par les canonistes et les moralistes.

de réaliser le juste dans cette hypothèse et que le droit canonique est un droit essentiellement « *aequum* ». Cette équité, on l'a vu, vient de ce que le droit canonique, plus pleinement que ne le fait le droit civil, tient compte de la fin surnaturelle à laquelle les âmes sont, en dernière analyse, ordonnées. Et c'est la réflexion que font les canonistes chaque fois que sur un point de détail une divergence se note avec la législation civile.

Et ce droit est « *aequum* » lui-même parce qu'il est la traduction, ou mieux l'expression juridique de la religion chrétienne.

En cette matière, celle-ci tend, non seulement à rendre à autrui ce qui lui est dû strictement, mais à considérer l'homme non point tant dans ses rapports avec la société naturelle dont la société et le droit sont un moyen, que dans ses rapports avec sa fin surnaturelle. Ceci permet de lui restituer ou de lui attribuer des droits ou des obligations qui, sur le plan naturel, pourraient n'être pas considérés, parce qu'ils semblent difficiles à concilier avec la fin même de la société. Et ainsi cette prédominance de la fin surnaturelle de l'homme, affirmée par la Révélation, assure mieux le principe de droit naturel de l'égalité foncière et radicale de tous les hommes entre eux.

En fin de compte, en effet, l'équité canonique se fonde sur le droit naturel. Non pas évidemment le droit naturel des philosophes du *XVII^m* siècle, et auquel d'ailleurs on ne peut nier que les canonistes n'aient fait quelques concessions, non pas ce droit naturel qui exige et impose pour tous les hommes, sous toutes les latitudes et dans tous les pays, les mêmes lois découlant nécessairement de sa nature elle-même, mais le droit naturel qui tend à réaliser entre les hommes un peu plus de justice, parce que les considérant plus humainement. Et cette égalité n'est pas une exigence absolue, mais simplement une tendance, une aspiration, un principe qui veut assurer la réalisation d'un peu plus de justice. Il correspond aux aspirations de l'homme vers une justice absolue, et il répond ainsi à une réalité que le droit romain avait déjà affirmée au moins en principe, et que la Révélation est venue renforcer de son autorité.

On voit ainsi clairement qu'entre les deux principes ultimes qui commandent tout droit, la législation canonique tend à insister sur le côté humain. Il y a d'une part l'homme, d'autre part la société indispensable à l'homme pour atteindre sa fin. Tout le droit n'est qu'un ensemble de compromis, différents suivant les matières et les situations concrètes entre ces deux éléments, et tendant vers un idéal de justice et d'égalité. Le droit canonique, adoucissant les rigueurs exigées par le droit civil, insiste plutôt, en droit et en fait, sur le point de vue humain et individuel : sans nier que l'homme soit un être social, sa tendance charitable l'incline vers le principe affirmant que la société est faite pour l'homme.

Le droit canonique fait ainsi une bien large place à ce principe d'équité. Large place, qui est pourtant déterminée par les conditions précises dans lesquelles il peut s'appliquer, et ensuite par l'esprit ou les tendances qui l'animent. Il semble donc, qu'autant que faire se peut, le juge puisse difficilement et s'il est instruit de sa mission, adopter une solution arbitraire. Tout au moins, cet arbitraire ne pourrait-il errer dans n'importe quelle direction au gré de son caprice : il est tenu et réduit à des limites assez nettement déterminées.

Il conserve, de ce fait, malgré les attaques dont ce principe est l'objet, cette règle d'équité qui est, au fond, le principe d'évolution du droit par excellence, puisqu'à de nouvelles situations peuvent toujours répondre de nouvelles solutions. Et celles-ci permettront d'assurer au droit une orientation toujours conforme non pas seulement aux aspirations de l'homme, mais aux réalités elles-mêmes. Dans une société vivante, le droit pourra ainsi s'accommoder des circonstances nouvelles et évoluer en même temps que la société à laquelle il est lié (1).

Inutile d'ajouter que ce dosage du principe d'équité dans les solutions juridiques n'est pas, en pratique, chose tellement aisée.

Si, en cette matière, quelques principes sont relativement nets, leur application peut susciter bien des difficultés.

Aussi, ne faut-il pas s'étonner que le législateur, tout en laissant en droit et strictement, une large place à l'appréciation personnelle du juge, ait néanmoins tenu à lui indiquer, ne fut-ce que des points de repère, facilitant son orientation et sa détermination.

C'est la raison du rôle qu'ont aussi à jouer la pratique judiciaire et l'opinion commune des docteurs.

§ III. — ASPECT NÉGATIF DE L'ÉQUITÉ

A côté de ce principe de justice qui concerne surtout le législateur, et, par le fait même, celui qui doit accidentellement en remplir les fonctions, le droit canonique en reconnaît un autre qui concerne le juge, et le concept aristotélicien apparaît.

L'application de la loi pourra dans certains cas paraître rigoureuse : au juge alors est donné le pouvoir d'en refuser l'application et de fournir lui-même une autre solution. Le problème comporte donc deux aspects : l'un négatif, l'autre positif ; le premier entravant et empêchant l'application de la loi, le second suppléant au défaut de la loi. Le premier est un problème d'interprétation, le second un problème de construction.

Comment se pose le premier ? il s'agit de répondre à la question sui-

(1) J. Dabin, *Philosophie*, p. 327 s.

vante : dans quels cas le juge aura-t-il le pouvoir d'écarter l'application de la loi.

Trois solutions sont en présence : celle du droit canonique primitif consisterait à modifier l'application de la loi à raison de certaines circonstances qui la rendent vraiment contraire à la miséricorde voulue par le législateur en vertu des principes religieux. Cette décision dépendait non seulement des circonstances elles-mêmes, mais du caractère de l'individu en cause, selon qu'il y avait ou non espoir d'amendement (1).

La seconde solution est celle de l'épikie au sens d'Aristote et de Suarez (2). En vertu de l'intention présumée du législateur, l'application de la loi ne devra pas se faire dans telles circonstances déterminées, le législateur n'insistant pas pour l'application de sa loi.

Une troisième solution enfin s'inspire de la doctrine admise en partie par Saint Thomas et n'applique pas la loi quand les conséquences qui en découleraient seraient contraires au droit naturel, à la justice, au bien commun.

De ces théories, laquelle admettre ?

La première est certes la plus conforme à l'esprit du droit canonique et à la tradition chrétienne. Le droit ecclésiastique repugne aux solutions rigoureuses ; autant que faire se peut, il préfère les jugements inspirés par une charité et une mansuétude toute chrétiennes. C'était la solution la plus anciennement admise. Sous l'influence du droit romain, elle a été éliminée, parce qu'on a confondu sous une même étiquette les deux antithèses *rigor-mansuetudo* et *rigor-aequitas*. Cette confusion était-elle un mal ? Il est relativement malaisé de porter sur ce point une appréciation. Néanmoins, on peut faire observer que si le droit canon est enclin à la miséricorde, il tient tout autant à éviter l'arbitraire des juges. Cela ressort très nettement, non seulement de la jurisprudence des tribunaux romains, mais aussi de la loi elle-même qui réserve plutôt les jugements *ex aequo et bono* aux tribunaux supérieurs (3). Ceux-ci laissent le champ trop libre à l'arbitraire. D'autant qu'il ne s'agit pas uniquement, ainsi que nous l'avons remarqué, d'examiner les circonstances qui pourraient militer en faveur de la miséricorde, mais qu'il faut aussi se rendre compte du caractère lui-même du prévenu : mérite-t-il cette miséricorde ? et saura-t-il s'amender, si on veut bien lui épargner l'application rigoureuse de la loi ?

Somme toute, quoique cette théorie paraisse préférable, à cause des multiples inconvénients pratiques qui découleraient de son adoption, mieux vaut sanctionner son rejet par la tradition canonique. Le juge ecclésiastique ne pourra qu'y gagner, car les justiciables auront ainsi plus de garantie contre l'arbitraire.

(1) Pour le droit civil, voir A. Dessens, *Essai*, p. 17 s.

(2) Voir plus haut p. 197.

(3) Ph. Decius. In X. I. 2. *De const. c. 1. Canonum. 2^e lectura. n. 90.*

La seconde solution proposée est uniquement fondée sur l'intention présumée du législateur : celui-ci est censé ne pas vouloir, en pareilles circonstances, une application stricte de la loi. Cette solution a évidemment un caractère d'objectivité plus net que la précédente. Les documents qui ont accompagné la confection de la loi, peuvent fournir et donnent en fait des éléments plus certains pour découvrir exactement la pensée du législateur.

Si l'on veut cependant préciser le rôle de cette intention du législateur, on ne tardera guère à remarquer que cette solution laisse autant sinon plus de place à l'arbitraire que la première. Si le juge n'applique pas la loi, ce sera parce qu'il n'entre pas dans les vues du législateur de vouloir dans certaines circonstances une application qui serait trop rigoureuse.

Or, qu'on y prenne garde, dans ce cas, tout dépend d'une appréciation de circonstances d'une part, et de l'intention du législateur de l'autre. Or, cette intention du législateur ne sera pas une intention exprimée, elle n'est qu'une intention présumée (1). Le législateur ne peut préciser tous les cas dans lesquels la loi devra ou non s'appliquer : il ne détermine jamais les hypothèses dans lesquelles il consent à ce qu'elle ne s'applique pas. Nous nous trouvons donc encore une fois devant une double incertitude : incertitude dans l'appréciation des circonstances, incertitude dans l'appréciation de l'intention du législateur.

Il nous semble donc que cette solution, quoiqu'elle paraisse à première vue plus attrayante que la première doit être rejetée elle aussi à cause de l'imprécision de sa règle.

Reste la solution adoptée par un certain nombre de canonistes (2) et dont l'origine remonte elle aussi au Docteur Angélique. La loi serait inapplicable quand son application est contraire à l'équité naturelle, et suivant Saint Thomas au droit naturel, à l'utilité commune de la justice. Ici encore, nous retrouvons deux éléments dont il a été question précédemment : d'une part, les circonstances d'application de la loi, et de l'autre, le droit naturel, la justice et le bien commun.

Mais ce système ne laisse place qu'à une seule incertitude : l'appréciation des circonstances d'application de la loi qui sont des faits connus et celle de la doctrine de l'Eglise sur le droit naturel, la justice et le bien commun, qui, elle aussi, est connue, ou au moins dont l'application est facilitée par les études des canonistes et des moralistes. Une question seule doit être tranchée par le juge : le départ à faire entre l'un et l'autre points également certains.

Une question cependant se pose : comment entendre cette équité na-

(1) Le législateur a prévu le cas dans son espèce, il n'a pas prévu les circonstances dans lesquelles celui-ci pourrait se réaliser.

(2) S. d'Angelo, *De aequitate*. Excursus ad can. 20, *Apollinaris*, t. I. 1928, pp. 363-383.

turelle, la justice ? faut-il entendre strictement équité naturelle, droit naturel ou ne pourrait-on introduire ici la distinction faite entre le droit naturel strict et la justice *dulcore misericordiae temperata* dont se réclame la tradition canonique ? Cette distinction est certainement fondée dans l'ancien droit, et nous en trouvons trace jusqu'à la Renaissance romaine de l'étude du droit : l'*aequitas canonica* a toujours été une justice inclinant vers la miséricorde, et, même, depuis, cette tendance s'est maintenue en ce que l'épikie a été définie : une *benigna interpretatio*, une *mitigatio rigoris* (1). Dans la jurisprudence de la Rote, quand les jugements pouvaient être rendus « arbitrio Rotae », les droits de l'adversaire devaient en principe, être respectés. Il était cependant des cas où l'autorité admettait qu'il en fut autrement, et que l'égalité de règle soit rompue au profit de l'une des parties.

§ IV. — ASPECT POSITIF DE L'ÉQUITÉ

Le second aspect de la question est positif. Si la loi ne s'applique pas dans certaines circonstances, encore, faut-il remplacer sa prescription. Le juge aura ici à faire une œuvre de construction, œuvre de législateur. Comment y faire face ?

Deux solutions sont en présence : l'une admise par Del Giudice (2) qui laisse au juge le libre examen des éléments en présence pour résoudre le problème suivant les données qui en découlent ; l'autre est la solution du canon 20 qui impose au juge, dans un cas omis par le législateur, le recours à l'analogie et aux principes généraux du droit de manière à faire sortir, si possible, par voie d'induction et d'inférence ou de déduction, la solution juridique du problème posé (3).

Ces deux solutions nous paraissent revenir au même point. En effet, le principe directeur de toute l'interprétation et de toute suppléance est, avons-nous vu, l'équité (4). C'est à cause d'elle que le juge cherchera sa solution dans l'analogie, et dans les principes généraux du droit, et, à leur défaut, c'est à elle qu'il aura recours. En outre, c'est en tenant compte de l'équité qu'il intégrera la solution qui lui paraît la plus juste dans le corps du droit positif. Qu'est d'ailleurs ce dernier, si ce n'est une détermination de cette même équité ?

Aussi est-ce l'heure ou jamais d'appliquer cette *aequitas canonica* toute empreinte de mansuétude et de miséricorde. La réponse à faire se résume donc en la suivante : atténuer la règle de droit en ce qu'elle

(1) S. d'Angelo. *De aequitate. Apollinaris*, I. 1828, pp. 363-383.

(2) V. del Giudice. *Privilegio, dispensa ed epikcia*, p. 50.

(3) A. Van Hove. *Règles d'interprétation*, dans *Mélanges Gény*, 1934, t. I, p. 84 ; idem, II, p. 288.

(4) Cf. plus haut, p. 135 ; p. 159.

peut heurter le Droit, la Justice et le Bien commun, mais la maintenir substantiellement. C'est là que se trouve l'esprit même du droit canonique et l'essence de cette *aequitas* dont nous avons étudié les traits généraux : n'en ressort-il pas de toute évidence, ainsi que nous l'avons noté, que le droit canonique insiste tout particulièrement sur les droits des personnes, de ces personnes pour le salut desquelles existe et le droit canonique et la religion catholique. Et si une tendance pareille se trouve dans la législation elle-même, c'est-à-dire dans les règles que l'autorité a jugé bon d'établir pour le bien et l'existence de la société a fortiori est-il indispensable qu'elle existe dans les cas extraordinaires qui sortent du cadre des prévisions du législateur. C'est le moment où jamais d'atténuer la rigueur du droit et d'en tempérer les normes, œuvre essentielle de cette *aequitas* (1).

Tel est donc le tableau du rôle que jouent les divers concepts d'*aequitas* en droit canonique. Outre la notion générale de justice et d'égalité, elle embrasse cette épikie, plutôt naturelle, qui écarte l'application d'une loi blessant le Droit et la Justice, mais la solution positive qui sera donnée, sera immédiatement inspirée de cette *aequitas* qui porte, elle, et proprement, le qualificatif de *canonica*, puisque c'est par excellence l'équité qui est entièrement inspirée de cet esprit de miséricorde, de bénignité, la charité enfin, qui forme avec la substance du droit canonique un des éléments les plus essentiels du catholicisme.

(1) Le meilleur exposé de ce principe nous semble fait par F. X. Zech, *Præcognita*, p. 186.

QUATRIÈME PARTIE

LES ÉLÉMENTS POSITIFS

L'usage de l'équité n'est pas sans inconvénients ; c'est d'abord le danger de violer le droit des parties, c'est ensuite, fait également grave, l'incertitude qui peut régner dans l'administration de la justice : avocats et clients, avant de s'engager, doivent pouvoir s'assurer d'avance quel est probablement leur droit.

Le Code, afin de parer à ce double inconvénient, indique au juge deux moyens qui lui permettront de savoir quelle est probablement la solution juste du cas posé devant lui : le style et la pratique de la Curie Romaine, que nous étudierons dans la première section de cette partie, et l'opinion commune des docteurs, qui fera l'objet de la seconde section.

SECTION I

Le style et la pratique de la Curie Romaine

Sur le premier moyen indiqué afin de fournir aux juges des points de repère pour les solutions qu'ils doivent donner, le Code ne fournit aucune précision. Nous examinerons donc les institutions de l'ancien droit dont elle procède, et l'intérêt qu'elles offrirent en réalité. Ainsi verrons-nous d'abord les sentences rendues par le Pape et l'« *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* » qui eurent une certaine influence sur la théorie, puis la théorie du style de la Curie en général, celle du style de la Curie Romaine, un aperçu historique des réalisations pratiques qui furent dues à ces institutions dans le cours de l'histoire, enfin la théorie actuelle qui peut se dégager grâce à tous ces éléments.

CHAPITRE PREMIER

Les sentences judiciaires des Papes

et l'« *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* »

Décrire le rôle joué par le style et la pratique de la Curie Romaine est décrire l'influence des décisions judiciaires émanant de Rome. La loi romaine qui inspire sur ce point le droit canonique considérait deux éléments. Justinien avait posé en principe que les juges devaient s'acquiescer de leur fonction d'après les lois et non d'après les exemples qu'ils pouvaient avoir devant les yeux (1). Une telle décision était pourtant trop absolue pour pouvoir être observée et même maintenue (2). Sans doute l'Empereur cherchait à enrayer cette propension naturelle de l'homme à imiter ce qu'il voit faire, surtout quand elle le dispense d'un effort plus ou moins pénible. Aussi, Justinien posa deux exceptions au principe : la première concernait les jugements que l'Empereur porterait en personne (3), la seconde concernait l'« *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* » (4). Que sont devenues ces deux institutions dans le droit canonique ?

§ I. — LES SENTENCES JUDICIAIRES DU PAPE

L'interprétation donnée par les légistes et les canonistes de la loi romaine à ce sujet présente quatre aspects différents. Jusqu'à Accurse, tous les jugements du Prince sans distinction paraissent avoir eu force de loi. La Grande Glose, par contre, distingue les jugements interlocutoires des jugements définitifs. Dans la suite, quelques légistes font

(1) C. VII. 45. *De sent. et interlocutionibus omnium iudicum*. 13. *Nemo*.

(2) S. Brie. *Die Lehre*, p. 109. — D'ailleurs, la doctrine manifeste une tendance contraire. S. Brie. *Ib.* p. 52. — C. Maynz. I. 239. n. 1. — C'était un simple conseil, mais que les romanistes du XII^me siècle avaient grand-peine à expliquer. Cf. S. Brie. *Ib.* p. 110. b.

(3) C. I. 14. *De legibus*. 12. *Si imperialis*.

(4) Dig. I. 3. *De legibus*. l. 38. *Nam imperator*.

prévaloir une distinction basée, conformément à sa théorie de la loi, sur la présence ou non dans le *Corpus iuris* de ces jugements, enfin Suarez met surtout en relief le rôle de la volonté même du Pape.

La *Summa Codicis* rappelait simplement et sans faire aucune (1) distinction ce que Justinien avait décidé à propos des jugements impériaux : ils ont force de loi pour les cas similaires. Vacarius faisait de même (2). Des dispositions identiques se trouvaient dans le Décret, l'une était du Pape Gélase (3), la seconde de Saint Augustin (4). Elles ne concernent toutefois l'une et l'autre que la forme dans laquelle devaient être rendues les décisions judiciaires venant de l'autorité suprême. Huguccio reprenait cette doctrine sans faire plus de distinction que n'en avaient fait les premiers glossateurs (5). Il se réfère à la loi « *Si imperialis* » du Code.

Dans la III^e Compilation (6), la décrétale « *In causis* » du Pape Innocent III, reprise plus tard par Grégoire IX (X. II. 27. 19), rappelle que les Souverains Pontifes doivent observer toujours dans leurs jugements l'ordre du droit et de l'équité, parce que, ajoute-t-il en citant la loi romaine, tous autres sont tenus de juger comme eux dans les cas semblables.

Accurse remarqua cependant que le Code de Justinien était loin d'attribuer la même valeur juridique à toutes les décisions judiciaires du Prince. Ses jugements interlocutoires n'ont pas force de loi, dit-il en rappelant la loi « *Leges* », à moins que le Prince n'en ait décrété autrement, ou qu'elle n'ait été insérée dans le *Corpus*, ou enfin qu'elle ne constituât un droit nouveau (7).

Bernard de Parme dans la glose des Décrétales, reprend ces distinctions de la Grande Glose : le chapitre « *In causis* », dit-il, s'applique seulement aux jugements définitifs du Pape ; il en est autrement des jugements interlocutoires (8). Il apporte comme preuve les lois citées par Accurse : le texte formel de la loi « *Leges* » (9), puis un argument *a contrario* tiré de la loi « *Si imperialis* ». Cette dernière prévoit que les interprétations faites par l'Empereur, rendant lui-même la justice, et ce en présence des parties, doivent être admises par les tribunaux

(1) H. Fitting. *Summa Codicis*. I. 14. n. 7.

(2) Fr. de Zulueta. *The liber pauperum*. Ad C. I. 14. 12. v. *maiestas*. *Sententiam imperatoris latam inter aliquos legem esse*.

(3) D. XVI. q. 3. c. 5. *Licet*. — Adressée par Gélase II aux Siciliens en 494.

(4) D. II. q. 1. c. 11. *Multi corriguntur*.

(5) Huguccio. *Sed exemplis principum et apostolorum recte iudicatur ut hic dicitur... In lege... tamen dicitur non exemplis sed legibus iudicandum est, ut C. de sent. et inter.* — Il résout cette antinomie en disant qu'il ne faut pas prendre prétexte des jugements pour juger contre une loi.

(6) Gl. ad C. I. 14. l. 3. *Leges. v. praeiudicantibus*. — Gl. ad Dig. I. 4. *De constitut. principum* l. 1. v. *interlocutus est*. nisi hoc expresse dicatur.

(7) II. *De sent. et re iudicata*. 18. c. 9. *In causis*.

(8) Gl. in c. 19. *In causis*. X. II. 27. *De sent. et re iud. v. in similibus*.

(9) C. I. 14. 3. *...interlocutionibus, non in commune praeiudicantibus*.

inférieurs (1). Il ajoute qu'on peut opposer en sens contraire la loi « Metum. sed quod praetor » (2). Si donc des jugements interlocutoires sont insérés dans le Corpus, il faut s'y conformer.

Innocent IV rapporte la doctrine de la façon suivante : une sentence définitive du Pape, rendue la cause entendue et en présence des parties, a force de loi dans l'Eglise. Il n'en est pas de même des réponses à une consultation ou des sentences interlocutoires, sauf si ces dernières ont été reprises dans le Corpus (3). Pour refuser force légale aux consultations, il se base sur la finale de la loi « Leges » du Code (4).

La doctrine de l'Hostiensis reste identique dans son ensemble aux précédentes. Il semble pourtant se montrer un peu moins strict en faveur des jugements interlocutoires : il paraît leur attribuer force légale, même si elles ne font pas partie du Corps de droit, à condition qu'elles soient justes et rendues la cause entendue par le Pape (5). Ainsi, les canonistes tendent à assimiler dans une certaine mesure les jugements interlocutoires aux définitifs. Le grand commentateur ajoute cependant que d'autres donnent une solution différente (6). Il énumère ensuite les raisons qui militent en faveur de l'exception portée au principe de la loi « Nemo ». Doit être considéré comme loi, dit-il, tout ce qu'il plaît au prince d'imposer à ce titre. De plus, on ne peut présumer qu'une sentence du Pape lui-même soit entachée d'irrégularité et d'injustice, puisque tout doit avoir été examiné avec soin. Enfin, autant agir ainsi, puisque, dans cette hypothèse, il n'y a pas d'autre supérieur auquel on puisse avoir recours afin d'obtenir la correction d'un jugement (7).

Certains légistes, par contre, distinguent autrement que l'Hostiensis. Ils tendent plutôt inversement à assimiler les sentences définitives aux jugements interlocutoires et à exiger l'insertion dans le Corpus pour toutes les sentences : toutes les décisions insérées dans le Corpus ont force de loi, qu'elles soient définitives ou non, à condition que leur libellé le permette. Il n'est plus posé en principe, c'est à noter, que toutes les sentences définitives ont force de loi. Celles-ci, non reprises dans le Corpus et rendues contrairement à une loi, n'ont pas force légale : on ne peut en effet présumer, sauf mention expresse du contraire, qu'elles ont entendu fixer le droit et aussi corriger la loi exist-

(1) C. I. 14. 12. — On peut toutefois observer en sens contraire que la distinction faite par Bernard de Parme ne ressort pas nettement du texte.

(2) Dig. IV. 2. 1. 9. — Cet argument est tiré d'un jugement interlocutoire du préteur.

(3) Innocentius IV. In c. 19. In causis. X. II. 27. De sent. et re iud. v. Teneatur.

(4) C. I. 14. 1. 3. — Probablement en vertu d'un argument d'analogie.

(5) Hostiensis. Lectura. In c. 19. In causis. X. II. 27. De sent. v. teneatur.

(6) Hostiensis. Ib.

(7) Hostiensis. Ib. v. iudicare.

tante. Enfin, une sentence définitive portée, la cause entendue par le prince et en présence des parties, a force de loi pour tous (1).

Le droit canonique semble donc se montrer plus indulgent que le droit civil, puisque même des sentences interlocutoires non insérées dans le Corpus pouvaient avoir force obligatoire.

Jean d'André rappelle successivement les deux dernières théories sans se prononcer (2). Il mentionne toutefois en second lieu la théorie des légistes, et paraît en conséquence incliner en sa faveur.

Bartole rapporte la doctrine admise, sans la modifier (3), après Lambertus de Salinis (4).

Balde, dans son commentaire des Décrétales, refuse le bénéfice du chapitre « In causis » à une sentence même définitive qui n'aurait pas été rendue par écrit. Il est, en effet, de l'essence de la loi d'être écrite, déclare-t-il, et une sentence définitive rendue oralement ne peut en conséquence être assimilée à une disposition légale (5). Cette observation ne devait pourtant pas avoir grand intérêt pratique, car la glose (6), après la Summa Codicis, exigeait que l'interprétation du juge fût faite par écrit. Quoiqu'il en soit, Balde en faisait une condition pour obliger un juge à suivre une décision judiciaire rendue par le Pape en une matière semblable.

Le Cardinal Zabarella reprend en partie la doctrine des légistes : toute sentence, définitive ou non, doit être insérée dans le Corpus si elle est contraire au droit commun. Cette réserve faite, il reproduit la théorie de l'Hostiensis (7). Il fait en outre remarquer au chapitre « Pastoralis » qu'un jugement rendu contre une sentence définitive non insérée dans le Corpus n'est pas nul de plein droit. Il n'est pas strictement rendu contre le droit commun, puisqu'il est permis de douter d'une loi extravagante (8).

Antonius de Butrio rapporte simplement la même doctrine (9).

Les distinctions et sous-distinctions se multiplient encore avec Aegi-

(1) Au témoignage de Jean d'André. In c. *In causis*. 19. X. II. *De sent. et re iud.* n. 8. — Parmi ceux-ci, Cynus. In *Cod.* Ad I. 14. l. 3. nn. 1 et 2.

(2) Io Andreae. *ib.*

(3) Bartolus. In *Cod.* Ad I. 14. ll. 2, 3 et 12.

(4) *Quaestiones earumque distinctiones*. I. q. 26.

(5) Balde. In X. II. *De sent. et re iud.* c. 19. *In causis*. n. 2.

(6) Les commentateurs étaient d'avis que l'écriture appartenait à l'essence même de la loi. Gl. ad Dig. I. 3. *De leg.* l. 37. v. *usa fuit*. iudicis autem interpretatio est in scriptis redigenda quia sine scriptis sententia non valet. — Il est pourtant certains jugements pour lesquels n'était pas requise cette formalité. — Bartole. In Auth. *De mandatis princ.* (Nov. 17) § *Sit tibi quoque* (c. 3) n. 4. sententia interlocutoria in causis brevioribus necessario in scriptis non porrigitur. — Idem. In *Cod.* XII. 29 — *De privilegiis scholarum*. l. fin. ...si concurrunt partium voluntas.

(7) F. Zabarella. In *quinque ll. Decretalium*. In c. 19. X. II. 27. n. 3.

(8) Idem. *Ib.* In X. II. 22. — *De fide instr.* c. 8. *Pastoralis*. n. 3... si lata est contra extravagantem non sic... patet ex praedictis quia non facit ius commune cum possit de extravagantibus dubitari... n. 4. idem in sententia principis quae licet habeatur pro lege... non tamen pro lege communi, sed extravaganti.

(9) Ant. de Butrio. In *quinque ll. Decretalium*. In c. 19. X. II. 27. n. 2.

dius de Bellamera (1), Bohic (2), le Panormitan (3), et Felinus Sandaeus (4), qui n'ajoutent rien de neuf, mais finissent par assimiler pratiquement les sentences définitives aux sentences interlocutoires et resserrent ainsi le champ de la Dérétale « In causis ».

Suarez reprend toute cette question et met en relief un point de vue différent : celui de sa théorie de la loi. Il taille dans la forêt des distinctions et sous-distinctions accumulées presque à plaisir et garde le principe suivant : le prince peut porter une loi dans un acte judiciaire à la seule condition qu'il manifeste nettement sa volonté (5).

Salas (6) est moins succinct : les jugements du prince doivent être suivis dans les causes semblables quand celui-ci a connu lui-même du litige. Il donne une solution identique pour le cas d'une consultation et celui d'une relation : elles doivent toutefois être suffisamment promulguées. Il en est de même, ajoute-t-il, pour les sentences interlocutoires si toutefois sa volonté est évidente.

Laymann (7) reproduit cette doctrine, mais il exclut le cas d'une dispense, d'un jugement contraire au droit commun (8), ou même simplement interlocutoire.

Reiffenstuel traite cette question d'une manière encore plus brève. Les rescripts sont de stricte interprétation ; en conséquence, ils valent exclusivement pour les causes que le Pape a résolues ; en outre, ils limitent le pouvoir des Ordinaires qui est de droit commun (9). Il rappelle aussi les canons du Décret prévoyant que la forme dans laquelle un jugement a été rendu par le Pape doit être suivie dans l'Eglise (10).

Böckhn, plus tard, fait remarquer que le rescrit de justice, s'il est général, fait partie du droit commun, à condition toutefois qu'intervienne une promulgation ou une suffisante divulgation ; au contraire, le rescrit spécial à un lieu, à une personne ou à une cause, ne constitue et n'établit qu'un droit particulier à ce lieu, à cette cause, à ces personnes (11).

Dans la suite des temps, à raison du nombre croissant des questions traitées à Rome, le Pape n'intervient plus guère en personne dans ces litiges, qu'il confie à un des tribunaux de la Curie. La question n'offre plus d'intérêt pratique, et n'est plus guère traitée aux XVIII^{me} et XIX^{me} siècles (12).

(1) Aeg. de Bellemera. *In quinque ll. Decretalium*. In c. *In causis*. n. 2 s.

(2) H. Bohic. *In quinque ll. Decretalium*. In c. *In causis*. n. 2, 3.

(3) Panormitanus. *Commentaria*. Ib. n. 2 s.

(4) Felinus Sandaeus. *Commentaria*. In rub. X. I. 3. *De rescriptis*. n. 1.

(5) Cf. Cod. I. 14. 3.

(6) Io. de Salas. *Tractatus in Q. XCI. Tr. XIV. Disp. 2. S. 8.* n. 41. B. s.

(7) P. Laymann. *Commentaria*. In c. *In causis*. n. 1 s.

(8) Cle. III. II. *De religiosis domibus*. c. 2. *Quia contingit*.

(9) A. Reiffenstuel. Lib. I. T. 3. *De rescriptis*. n. 10 s.

(10) A. Reiffenstuel. *Ius canonicum*. Ib. n. 121.

(11) P. Böckhn. *In ius canonicum universum*. L. I. t. 3. *De rescriptis*. § 4. n. 60.

(12) O. Giacchi. *De interpret. authentica*, p. 56 s. — R. v. Scherer, o. c. p. 145.

§ II. — L' « AUCTORITAS RERUM PERPETUO SIMILITER IUDICATARUM »

La seconde exception portée à la loi « Nemo » concernait les décisions jouissant de l' « auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum » (1). Jusqu'au XV^{me} siècle, époque où se produisit l'assimilation de cette « auctoritas » au « stylus Curiae », on peut distinguer trois stades : dans le premier, plusieurs décisions judiciaires entraînent par elles-mêmes obligation de les suivre ; dans le second, la doctrine reconnaît cette autorité à une seule sentence rendue dans un jugement contradictoire ; dans le troisième, au début du XIV^{me} siècle, apparaît la nécessité d'un consentement du législateur qui serve de base à cette « auctoritas ».

La loi « Nam imperator » prévoyait que les jugements devaient respecter l'autorité qui s'attache aux choses jugées toujours de la même manière. Restait à déterminer dans quelles circonstances on pouvait dire d'une cause qu'elle avait toujours été jugée ainsi. Une double condition était requise suivant les glossateurs : qu'il y ait eu au moins deux jugements identiques rendus en la matière, et qu'ils aient été rendus en l'espace de dix ans. Tel était l'avis de la *Summa Codicis*, suivie par Ioannes Bassianus et Azo (2). Ils se basaient pour fixer le chiffre de deux jugements sur une loi où le mot « consuetudo » n'avait pas le sens qu'ils lui attribuaient. La Glose rapporte sans aucune remarque cette opinion et l'admet formellement (3) au commentaire du Code.

Mais, à côté de cette doctrine, s'en développait une autre reconnaissant l'autorité de la coutume à une solution suivie et consacrée par une seule sentence rendue contradictoirement. Il était toutefois spécifié, en outre, ce qui en restreignait singulièrement la portée, qu'appel ne devait pas avoir été interjeté d'un tel jugement, que le juge devait ne s'être pas trompé, ni avoir été corrompu. Hors ces cas, une seule décision aurait donc suffi, et ce, sans aucune condition de temps (4). Suivant certains cependant, il fallait de plus prouver que le juge a prononcé ce jugement avec l'intention de décider ainsi à l'avenir (5).

Cette opinion était cependant discutée : Vincent d'Espagne niait qu'il y eût dans cette hypothèse établissement d'une coutume, le jugement servait simplement, suivant lui, à constater le fait de son exis-

(1) Voir pour plus de détails sur ce point, A. Van Hove. III. p. 177 s. — R. Werhlé. *De la coutume*, p. 114 s.

(2) Gl. ad C. VII. 45. *De sent. et inter.* l. 13. *Nemo. v. magistratus. ...nisi sint tot sententiae ut consuetudinem inducant... secundum Ioannem.* — Cf. S. Brie. *Die Lehre.* p. 108.

(3) Gl. ad I. 32. *De quibus.* Dig. I. 3. *De leg. v. inveterata.* Sed qualiter decennio consuetudo inducitur ? Resp. si bis fuerit iudicatum in illo tempore... — Gl. ad I. 3. *Nemo.* Cod. I. 3. *De episcopali audientia. v. consuetudini.* nota quod duae vices faciunt consuetudinem.

(4) Gl. ad X. I. 4. *De consuet.* c. 11. *Cum tanto. v. legitime.* — Gl. ad X. V. 40. *De verb. signif.* c. 25. *Abbat. v. contradictorio iudicio.*

(5) Hostiensis. *Summa.* L. I. tit. 4. n. 6. — R. Werhlé. *o. c.* p. 167.

tence (1). Huguccio semble pencher en ce sens (2). Hostiensis paraît être de cet avis (3). Iacobus Butrigarius restreint nommément cette coutume au cas pour lequel le jugement a été prononcé (4). Guillaume de Cuneo est du même avis.

Enfin, ne tarde pas à s'implanter une troisième doctrine. Jean d'André exige pour admettre cette autorité des jugements deux conditions : d'abord les sentences conformes devaient être rendues si fréquemment que l'on puisse en déduire le consentement du peuple ou au moins de la majorité, ensuite un certain laps de temps (5).

Antonius de Butrio, comme aussi le Panormitan (6), suivent cette opinion qui devint bientôt commune (7).

Le nombre de jugements requis varie suivant les circonstances. Les auteurs admettent généralement que deux peuvent suffire. Ils suivent sur ce point la glose, mais matériellement, car celle-ci ne parle pas d'une présomption de consentement du peuple. Certains, comme Pierre de Belleperche, avaient même dit qu'une seule sentence pouvait suffire, si elle représentait vraiment l'opinion du peuple (8). Le chiffre de deux semble pourtant n'avoir été qu'un minimum. Pierre de Belleperche lui-même, insiste sur une plus grande fréquence (9) des décisions. Ioannes Faber déclare que l'estimation de ce point dépend de l'arbitraire du juge (10).

Vers la fin du XV^m siècle, l'« auctoritas » disparaît pour être remplacée par le « stylus Curiae », qui conservera les mêmes effets à des conditions en partie semblables.

(1) Cf. A. Van Hove, o. c. l. c.

(2) Huguccio Ferrariensis. Cod. Vat. ad c. 3. Dist. XX. v. *exempla* : non iudicantur exemplis paucis, s-(cl.) unus vel duobus vel tribus, sed recte iudicatur pluribus exemplis, s-(cl.) consuetudine rerum perpetuo similiter iudicatarum, s-(cl.) cum super simile negotium semper ita iudicatum fuit, ud ff. de le. et se. con l. nam imperator.

(3) Hostiensis. *ib.*

(4) Suivant Ant de Butrio. *Repetitio*. n. 27.

(5) Io. Andreae. *Ib.* n. 31.

(6) Panormitanus *Commentaria*. In X. I. 4. *De consuetudine*. *ib.* n. 18.

(7) Ant. de Butrio. *Commentaria*. X. I. 4. *De consuet.* c. 11. *Cum tanto*, n. 27.

(8) Cf. S. Brie. *Die Lehre v. GR.* p. 143.

(9) Cf. S. Brie. *Ib.* p. 144, n. 14.

(10) Cf. S. Brie. *Ib.* n. 15.

CHAPITRE II

La théorie du « stylus Curiae » dans l'ancien droit

Les institutions d'origine coutumière offrent ce désavantage que leurs contours restent longtemps imprécis. Cette observation se vérifie à propos du « stylus Curiae ». Il contient un mélange des deux institutions examinées au chapitre précédent. Jusqu'au XV^{me} siècle, le « stylus Curiae » désigna successivement les documents juridiques écrits, puis l'usage ou la coutume suivie dans la rédaction de ces derniers, la procédure, enfin sa signification fut étendue aux décisions judiciaires statuant sur le fonds du droit. Plusieurs effets lui furent dès cette époque reconnus, quoique la doctrine semble indécise sur ce point. A partir du XVI^{me} siècle, si la signification du terme est fixée, ses effets juridiques furent néanmoins vivement discutés.

§ I. — LA SIGNIFICATION DU TERME JUSQU'AU XVI^{me} SIÈCLE

La conception du « stylus Curiae » s'est progressivement enrichie ; de même que se déterminèrent quelques-uns des effets juridiques qui le sanctionnaient.

Le terme lui-même vient du droit romain, mais semble devoir en partie son enrichissement aux canonistes. Le mot « stylus » se rencontre dans la loi « Habeat » du Code (I. 2. *de sacr. ecc.* l. 1), au sujet des testaments (1). L'empereur décrète que la liberté la plus grande doit être laissée au testateur dans l'expression, le style, de sa dernière volonté. On trouve également ce vocable dans la loi « Si quando » (Cod. X. 10. *De bonis vacant.* l. 3), où il désigne le mode de disposition écrite suivant lequel les incorporations doivent être faites. De même en est-il dans la loi « Si quis » (Cod. IX. 49. *De bonis damnat.* l. 9). Les pre-

(1) P. de Bellapertica. In Cod. VIII. 53 (52) *Quae sit longa.* l. 1. *Praeses.* n. 1 s.

miers glossateurs (1) ont entendu cette expression dans le sens de disposition écrite ; tel Vacarius (2).

Le Décret ne mentionne nulle part ce vocable, à notre connaissance du moins. Les Dérétistes, les Dérétalistes et les Glossateurs l'ont repris avec la même signification dans la suite. Rufinus est le seul des dérédistes où nous ayons pu trouver ce mot. Il l'emploie dans son commentaire de la LXIII distinction au mot « Laici vero ». Il note (3) que cette distinction détermine dans un « style » moins clair qu'auparavant, comment doivent se faire les élections. Au canon « Ultima » de la C. XIII. q. 2, il prend le mot dans le sens de disposition testamentaire écrite (4). Dans l'un et l'autre cas, le mot « stylus » est donc pris avec la signification d'expression écrite de volonté. Ioannes Teutonicus reprend le texte de la loi « Habeat » dans la glose du canon Quoniam au mot « quoniam » (5).

A cette signification ne tarde pas à se joindre l'idée d'une habitude dans l'emploi d'une formule écrite. Ainsi en est-il dès Richardus Anglicus. Il parle dans une glose de la I Compilation du « stilus consuetus » de la Curie Romaine (6). La même observation se remarque avec Innocent III. Dans la décrétale « Quam gravi » (7), le style désigne, à n'en pas douter, le mode d'expression écrite suivie habituellement par la Curie Romaine dans la rédaction des actes officiels. Innocent III y reproche à l'Evêque d'Antinéac d'avoir accepté un rescrit venu de Rome et qui n'offrait aucun caractère d'authenticité. De fait, l'intitulé de cette missive n'était nullement conforme à celui que la Curie avait coutume d'employer. Le Pape en profite pour rappeler qu'il faut examiner tout autant la bulle, le fil et le papier, que le style, c'est-à-dire la façon de s'exprimer. Cette interprétation est la seule admissible puisque le Pape vise les termes employés dans l'intitulé des lettres : les patriarches, archevêques et évêques sont toujours appelés frères ; rois, princes, tous autres, fils.

Dans une lettre envoyée par Honorius III au roi de Chypre (X. II.

(1) G. Pescatore. *Die Glossen*. p. 85. Ad. Cod. I. 2. *De sac. eccl.* l. I. v. *stilus*, si testatur in scriptis.

(2) Fr. de Zulueta. o. c. Ad Cod. I. 2. *De sac. eccl.* c. 1. (...) *Suprema voluntas dicitur stilus si scripta sit.*

(3) H. Singer. *Summa Rufini*. ...Semel in proxima supra distinctione tradiderat quod clerici debent eligere et laici consentire, nunc autem prolixiori stilo qualiter hoc fieri oporteat subiungit.

(4) H. Singer. o. c. ...voluntas legitibus non improbata nihil enim est quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis, postquam aliud velle non possunt. liber sit stilus. — C'est le texte même de la loi « Habeat ».

(5) Gl. ad Dist. XVIII. c. 7. *Quoniam*. v. *quoniam*. ...quia notat quod magis hominibus debeatur quam quod supremæ voluntatis liber sit stylus et liberum quod iterum non redit arbitrium.

(6) F. Gillmann. *Richardus Anglicus als Glossator*, dans Arch. f. KKR., t. 107-1927, p. 634, note 1. Ad c. 8. *Universitatis. Comp.* I. I. 2. v. *consuent.* § Arg. semper habendum respectum ad consuetum stilum Romanæ Curiae.

(7) Elle fut d'abord insérée dans la Compilatio III. V. II. *De crimine falsi*. c. 3. — X. V. 20. c. 6.

30. *De confirm.* c. 8. *Venerabilis*), le Pape reproche à ce dernier son refus d'admettre l'acte de confirmation pontificale d'un accord conclu avec un légat. Le roi, parmi d'autres raisons, prétendait que le mot « confirmatio » était employé dans l'accord d'une manière différente de celle du style de la Curie Romaine. Ici encore, il s'agit de la manière habituelle de s'exprimer par écrit.

Ainsi, à l'origine, le mot style semble désigner et la manière de s'exprimer et une formule habituelle de rédaction. Les contemporains d'Honorius III et leurs successeurs immédiats l'ont d'ailleurs bien entendu dans ce sens. Plus tard, après une lente évolution, ce terme finit par s'appliquer non plus seulement à une formule de rédaction habituelle, mais désigna l'habitude de résoudre d'une certaine manière les cas litigieux.

La Grande Glose donne à ce terme un sens plus étendu que les premiers glossateurs, en l'appliquant aux actes judiciaires. Au mot « stilus » de la loi « Habeat », Accurse déclare qu'il s'agit d'une disposition écrite (1). Il l'emploie lui-même dans son commentaire de la loi « Praeses » au mot « consuetudo fori » (2) : mais ici le mot style est utilisé pour caractériser non plus seulement la formule de rédaction employée dans un tribunal pour les actes juridiques, mais la coutume dans le paiement des honoraires. Elle revêt donc un sens très général.

Odofredus insiste sur la première signification : la coutume antique était d'écrire le testament avec un stylet sur des tablettes de cire (3).

Bernard de Parme attribue le même sens qu'Accurse à ce vocable. Au chapitre « Ad haec » *De rescriptis* (4), le glossateur déclare qu'une commission générale comprend toutes les affaires se rapportant à une matière déterminée. A ce propos, il ajoute qu'il est contraire à la coutume de la Curie Romaine, dont le style doit être suivi, de confier à une seule personne toutes les causes. Il y a ici assimilation entre la coutume de la Curie et le style non plus seulement en ce qui concerne la rédaction elle-même, mais aussi le contenu des actes juridiques d'un tribunal.

Le mot style est encore employé dans la glose du chapitre « Ad haec » dans le « De sententia excommunicationis » (5). Il désigne aussi la procédure de la Curie en matière judiciaire : tout rescrit, sous peine d'être suspect, doit être conforme au style de la Curie Romaine, et le style de la Curie n'est pas de déléguer le pouvoir d'absoudre les excom-

(1) Gl. ad Cod. I. 2. *De sac. eccl.* l. I. *Habeat*. id est dispositio in scriptis. — Voir dans le même sens Gl. ad Cod. X. 10. *De bonis vacantibus*. l. 3. *Si quando*.

(2) Dig. L. 13. *De extraordin. cogn.* l. 1. *Praeses*. § 10. *In honorariis. v. consuetudine fori*.

(3) Suivant le témoignage d'Albericus de Rosate. *Dictionarium*. v. *stilus*. ...dicitur stilus secundum Odofredum ...eo quia mos erat antiquis scribere testamenta cum stilo in tabulis cereis.

(4) Gl. ad c. 10. *Ad haec*. X. I. 3. v. *legerit*.

(5) Gl. ad c. 12. *Ad haec*. X. V. 39. *De sent. excom.* v. *aliis*.

muniés à d'autres juges que ceux qui ont porté la peine. Le sens du style est donc celui de la Grande Glose, mais il est plus ample que la signification des glossateurs.

L'Hostiensis ajoute au mot « stilus » l'épithète de « consuetus » (1). Si l'on prend cette épithète pour une simple redondance, le style signifierait donc l'habitude, l'usage de procéder d'une manière déterminée ; si « consuetus » ajoute une qualité au style, celui-ci aurait simplement la signification que lui donnent les glossateurs. La première hypothèse semble préférable, car l'Hostiensis assimile dans d'autres passages (2) la coutume et le *stilus*.

Ce terme se trouve plus fréquemment employé par Guillaume Durand. Dans chacun des cas où il l'utilise, il s'agit toujours d'un usage dans l'emploi d'une disposition écrite. Dans le « De appellationibus » par exemple (3), c'est à un usage seul que peut s'appliquer la réflexion qu'il fait : le style de la Curie s'appuie sur le droit commun. Dans le « De feste », le terme remplace l'expression « modus laudabilis » qui désigne certainement une coutume (4).

Jacques de Révigny est plus précis dans la détermination de cette notion. Ce terme qui avait désigné les écrits, puis l'habitude de les rédiger d'une manière déterminée, enfin la procédure d'un tribunal, allait encore s'enrichir et finalement être assimilé à la coutume. Ce mot s'applique, suivant lui, à des usages introduits par un juge (5). Il ne détermine cependant pas si ce domaine est restreint à la procédure ou s'il porte également sur le fond. S'agit-il seulement d'usage dans l'expression écrite de la pensée ou d'un usage portant sur cette pensée elle-même ? S'il faut en croire Jean d'André, Jacques entend le terme dans un sens plus étendu que ne le donnait l'étymologie du mot (6).

D'ailleurs, un autre point de vue confirme cette manière de voir. Jacques distingue en effet le style de la coutume, non point seulement pour la raison qu'il concerne exclusivement les écrits, mais à cause de son origine : il n'est pas introduit par une universalité, comme la coutume, mais il est le fait d'une seule personne, le juge.

Le commentateur apporte en témoignage la loi sur les libelles. Cette

(1) Hostiensis. *Lectura*. Ad X. V. 20. *De crimine falsi*. c. 6. *Quam gravi*. v. *consuetudinem*. i. e. *consuetum stilum*.

(2) Hostiensis. *Ib.* Ad X I. 2. *De constitut.* c. 11. *Ex litteris*. v. *nostri moris*. sic considerandus est mos et stilus Curiae Romanae. — Ad X. V. 39. *De sent. excom.* c. 12. *Ad haec*. v. *consuevit*. rescriptum contra stilum et consuetudinem curiae impetratum hoc ipso merito suspectum habetur.

(3) Guil. Durandus. *Speculum*. L. II. P. 3. *De appellationibus*. § 10. *Officium*. n. 14. ...stilum Romanae curiae qui iuri communi innititur prosequentes.

(4) Guil. Durandus, *ib.* L. I. P. 4. *De teste*. § 9. *Publicatis*, n. 3. Deinde ad requisitionem partium dabit iudex alium terminum ad disputandum super dictis testium intra quem advocatus cuiuslibet partis secundum modum laudabilem Curiae Romanae.

(5) P. de Bellapertica. *Ad. Cod.* VIII. 53. *Quae sit longa*. l. 2. *Consuetudinis*. n. 1 s.

(6) Io. Andreae. In X. I. 4. *De consuetudine*. *Tractatus*, n. 18.

loi exige un libelle écrit pour l'ouverture d'une instance, sauf dans les procès de moindre importance. Comme la loi ne détermine pas ceux-ci, il appartiendra aux juges de les préciser. Si ce dernier détermine tacitement par l'usage qu'un libelle est exigé pour les causes dépassant vingt *solidi*, il s'agit d'un *stilus curiae*.

Un bref commentaire sur l'étymologie du terme, explique la raison de cette extension de la signification du mot. Alors qu'Odofredus, afin de déterminer le domaine d'application du style, recourait au stylet dont le testateur se servait pour écrire, Pierre fait dériver *stilus* de « stillare », procéder de, venir goutte à goutte de. Le *stilus curiae* est ainsi l'usage qui vient d'un juge et qui est observé dans un office.

Jean d'André, par contre, retient l'ancienne détermination. Après avoir exposé la théorie de Pierre de Belleperche, il conclut : le style concerne exclusivement une manière d'écrire. A l'appui de cette affirmation, il invoque les décrétales citées plus haut. L'étymologie du mot *stilus* suivant Odofredus confirme sa manière de voir (1). Cette opinion trouvait sans doute une confirmation, quoique Jean d'André ne le dise pas explicitement, dans l'interprétation donnée par certains des vocables « ritus » et « mos ». Le « ritus » désigne les choses, la « mos » le discours. Tout naturellement, il en a déduit que le style est une coutume concernant exclusivement les écrits (2).

Cynus reprend purement et simplement l'explication de Pierre de Belleperche. Il note cependant que le sens du mot n'est pas nettement fixé, car la loi n'en parle pas (3). L'incertitude persiste avec Albericus de Rosate. Celui-ci, pour concilier les deux tendances, déclare que le style concerne surtout les écrits, mais peut aussi avoir trait à des dispositions orales (4). Ioannes Faber tient au contraire que le style ne peut concerner que les écrits (5). Il tente d'en faire une espèce de la coutume relative aux actes judiciaires.

Bartole est beaucoup plus précis. Il admet, comme la Grande Glose et Pierre de Belleperche, que le style peut porter non seulement sur les écrits et les paroles, mais aussi sur la procédure (6). Il s'oppose ainsi à

(1) Io. Andreae. In X. I. 4. *Tractatus de consuetudine*, n. 18.

(2) Io. Andreae. In VI. V. 2. *De haereticis*, c. 11. *Contra christianos*. (Dans E. Friedberg. c. 13) pr. et sicut ritum, id est mores et observantias... secundum Huguccio ritus est mos vetustior et firmior et dicitur a ratus et a rectus... aliqui dicunt quod ritus in re, mos in sermone.

(3) Cynus. *Commentarium* in Cod. VIII. 53 (52) *Quae sit longa consuetudo*, l. 2. *Consuetudinis*, n. 7. *Quomodo accipiemus stilum*. Non possumus bene scire. *Credo tamen secundum Petrum*...

(4) Suivant S. Brie. *Dic Lehre*, p. 139, n. 39. — Alb. de Rosate. Ad l. 32. *De quibus*, Dig. I. 3. *De leg.* n. 99.

(5) S. Brie. *Ib.* Io Faber. ad § 9. *Inst.* I. 2. n. 3. — Io. Faber. *Breviarium*. Ad Cod. VIII. 53. I. n. 4. *Potest dici quod consuetudo est verbum generale ; stylus proprie est usus circa modum scribendi in iudicio acta, sententias, etc. quae possunt modum ordinandi et scribendi tangere.*

(6) Bartolus. In Dig. ad l. 32. *De quibus*, I. 3. *De leg. Repetitio*, n. 10. ...*Dic quod stylus appellatur consuetudo quae respicit ordinem loquendi, scribendi vel procedendi. Consuetudo est quae respicit decisionem.*

la coutume qui s'introduit par des actes judiciaires et des exemples, tandis que le style s'introduit seulement, suivant lui, par les actes de ceux qui prennent part au jugement (1). Il est donc formel sur ce point : le style concerne exclusivement ce qui a trait aux jugements. Il le restreint ainsi à ce qu'on appellera plus tard le style matériel (2).

Balde reprend les deux sens du mot *stilus*. Dans sa signification générale, il concerne toute disposition écrite. Dans un sens plus restreint, il signifie l'usage d'un tribunal : c'est la manière usuelle d'écrire (3). Il diffère de la coutume, en ce qu'elle est générale, tandis que le style est restreint à un tribunal (4). Balde insiste aussi sur l'idée de coutume contenue dans le mot *stilus* : il ne dit plus comme l'Hos-tiensis « le style accoutumé », mais le style tout court. Il en donne l'explication par l'origine du mot : ce terme vient du stylet de fer (5) ; tout ce qui est écrit avec un stylet de fer ne peut que durer (6). L'exemple qu'il propose dans son commentaire regarde non seulement l'écriture, mais toute procédure. Le Pape Urbain, déclare-t-il, avait dit aux ambassadeurs de Pérouse ne pouvoir acquiescer à leur demande, parce que suivant le *stilus Curiae*, les « *causae universitatum* » étaient exclusivement portées devant un consistoire public.

Antonius de Butrio indique une double différence entre le style et la coutume. L'une se rapporte à une région ou à un pays, l'autre ne procède que d'un office ou d'une personne ; la coutume concerne toutes sortes d'actes, le style les seuls écrits de tout ordre. Il semble donc prendre le mot dans un sens restreint (7) à l'écriture. Il déclare que le style porte sur les écrits, l'observance sur les autres actes (8).

Il faut arriver à Laurentius de Pinu pour voir le mot *stilus* étendu à la décision elle-même, au témoignage de Zabarella dans son commentaire du Sexte. Il s'appuie sur le chapitre « Cum venissent » qui concerne la coutume en général (9). Zenzelinus a Cassagnis aurait, peu auparavant, réalisé cette extension (10). Nous en avons en vain cherché la

(1) Bartolus. In Cod. VIII. 53 (52). l. 2. *Consuetudinis*. n. 9. Ego dico differentiam esse talem quia consuetudo inducitur per actus iudiciarios et exempla ut infra dicam, et stylum solum per actus iudiciarios eorum quae (!) in iudicio versantur.

(2) Le terme « *materialis* » ne paraît pas se trouver dans Bartole. Toutefois les écrivains postérieurs l'ont entendu en ce sens, et à juste titre. Cf. infra p. 234.

(3) Balde. In Cod. I. 2. *De sac. eccl.* l. 1. *Habeat*. n. 4. — In X. I. 3. *De rescriptis*. Rub. n. 17.

(4) Balde. In Dig. I. 3. *De leg.* l. 32. *De quibus*. n. 59.

(5) Balde. In X. I. 3. *De rescriptis*. rub. n. 19. — Idem. In Dig. I. 3. *De leg.* l. 32. *De quibus*. n. 58.

(6) Balde. In Dig. I. 3. *De leg.* l. 32. *De quibus*. n. 58.

(7) Ant. de Butrio. In X. I. 4. *De consuetudine*. c. 11. *Cum tanto*. n. 46.

(8) Ant. de Butrio. *Ib.* n. 47.

(9) Zabarella. In Ole. V. II. *De verborum significatione*. c. 3. *Non sic*. § *Et quia*. n. 4. Sexto nota quod longaevus usus causarum potest allegari pro iure. Quod dicit Lau. procedere sive tendat ad litem ordinandam ut hic, sive ad decidendam. *de eo qui mittit in possessionem* (X. II. 15. c. 3. *Cum venissent*).

(10) D'après Zabarella. *Ib.* Idem Genz. Inducunt ambo (Laurentius et Genz.) quia dicitur de stylo curiae servando in causis... facit ius sive ad litem ordinandam, sive ad decidendam. — Il n'y a pourtant rien au passage visé de Zenzelinus.

trace ; et de plus, aucun des contemporains n'y fait allusion. Toujours est-il qu'avec Laurentius de Pinu, au plus tard, le contenu du style fait un pas de plus. Le style qui s'était déjà étendu des écrits à la procédure, s'étend maintenant aux cas non décidés par le droit. Il serait cependant intéressant de savoir si ces cas étaient des cas concernant la procédure ou le fond même des litiges, c'est-à-dire les décisions judiciaires elles-mêmes. Zabarella l'affirme (1), mais les assertions des canonistes de cette époque, on ne le constate que trop souvent, sont fréquemment sujettes à caution.

Petrus de Ancharano (2) l'applique à la publication des témoignages dans les procès. Il ajoute enfin que le *stilus curiae* concerne à proprement parler les actes judiciaires (3).

Des testaments, le mot est passé aux rescripts, des rescripts aux actes judiciaires. Il va s'étendre surtout aux décisions judiciaires elles-mêmes.

Le Panormitan reprend à son compte cette extension du *stilus Curiae*. Le statut ecclésiastique, dit-il, reçoit son interprétation du *stilus Curiae*. Ce dernier peut être allégué pour trancher les procès, il peut par conséquent figurer parmi les motifs par lesquels les juges légitimement leurs sentences. Son argument est le texte même du chapitre « *Ex litteris* ». Le principe est appliqué non seulement aux questions de procédure, mais à des questions de fond. Si le Panormitan avait limité son affirmation à un statut concernant la procédure, il n'aurait pas manqué de le dire en un point aussi important. C'est bien ainsi d'ailleurs que l'a compris Decius, qui repousse cette opinion sur l'objet du style (4). Comme le Panormitan ne cite ni Laurentius de Pinu ni Zenzelinus, qui, suivant Zabarella, les premiers ont admis cette extension, dans la suite la paternité lui en est généralement attribuée par les auteurs (5).

Il ne restait plus qu'à dégager de ce principe ses conséquences en faisant du style une espèce de la coutume. Cette assimilation avait déjà été tentée antérieurement, notamment par Ioannes Faber (6), mais une pareille affirmation ne répondait alors pas entièrement à la réalité : les témoignages des auteurs sont trop concordants sur ce point. Bartole, notamment, avait exclu du *stilus* les décisions qu'il faisait rentrer dans la coutume (7). Angelus de Castro avait cependant précisé que le style concernait non seulement la procédure, mais les décisions elles-mêmes donc l'interprétation (8) de la loi.

(1) Voir note précédente.

(2) P. de Ancharano. Cons. 53. n. 2.

(3) Idem. Ib. Proprie ad iudiciaria pertinet.

(4) Ph. Decius. In X. I. 2. *De const. c. 11. Ex litteris*. n. 27.

(5) Panormitanus. In 8. I. 2. 11. n. 12.

(6) Voir S. Brie, *Die Lehre*, p. 143, n. 39. Io. Faber. ad § 9. *Inst. I. 2. n. 3.*, « *stilus* » und « *consuetudo* » oft (zu seiner Zeit) promiscue gebraucht sind.

(7) Bartolus. Cf. plus haut note 6 p. 227.

(8) Rappelé dans une addition à Decius. In X. I. 2. *De const. c. 11. Ex litteris*, n. 27. v. *facit ius*. et servandus est sive respiciat ordinatoria sive decisoria dixit Angelus (de Castro) in cons. 308. factum. col. finali.

Rochus Curtius, dans son traité sur la coutume, résume les sens successifs du *stilus* : mode d'écrire, puis manière de procéder dans les jugements, façon enfin de résoudre un cas douteux. Ce dernier cas ne souffre aucune limitation (1).

Jason de Mayno pour expliquer l'extension donnée en son temps au *stilus curiae* et la concilier avec le sens restreint qu'il avait auparavant, fait observer que le style peut s'appliquer à une disposition écrite et aussi à celle qui doit l'être. Pour étendre le sens aux décisions judiciaires, ce qui arrive quelquefois, note-t-il, il invoque le chapitre « *Quam gravi* » ; cet argument n'est guère probant, on le reconnaîtra (2).

Felinus Sandaeus se contente de reprendre toute la théorie sans y rien ajouter de neuf (3).

Decius le suit sur ce point, mais refuse catégoriquement de comprendre dans le *stilus* l'interprétation. Il semble difficile d'entendre l'expression qu'il emploie « *ordo procedendi* » dans une signification qui engloberait également l'interprétation du droit (4). Il essaie aussi de préciser la différence entre le style et la coutume ; le premier concerne le mode d'écrire, la seconde tout autre acte (5). Il reproche au Panormitan d'étendre le style au delà du mode d'expression par écrit (6). Le texte de cette décrétale, dit-il, et avec raison, peut s'entendre aussi bien d'une coutume ou d'un simple usage.

Le *stilus curiae* avait ainsi fini par englober successivement non seulement ce que l'on devait appeler le style formel, c'est-à-dire les solennités requises obligatoirement pour l'exécution de certains actes, mais le style matériel qui concerne les décisions judiciaires elles-mêmes.

§ II. — LES EFFETS ATTRIBUÉS AU « STILUS »

La coexistence d'éléments si divers dans cette notion pose la question de savoir si, jusqu'à cette époque, le même effet juridique était reconnu indistinctement, à chacun des éléments que recouvrait l'étiquette de *stilus curiae*.

Un premier point ne souffre aucune discussion : le *stilus* a force de

(1) R. Curtius. *De statuto (De consuetudine)*. Praefatio. n. 27.

(2) Iaso de Mayno. In Cod. I. 2. *De sac. eccl.* l. 1. *Habeat*. n. 8.

(3) Felinus Sandaeus. In X. I. 2. *De constit.* c. 11. *Ex litteris*. n. 3. — In X. I. 3. *De rescriptis*. c. 12. *Ex parte*. n. 16. s. — In X. II. 22. *De fide instrumentorum*. c. 8. *Pastoralis*. n. 9.

(4) Ph. Decius. In rub. X. I. 4. *De consuetudine*. n. 14.

(5) Ph. Decius. *Consilia*. L. II. c. 11. n. 11. — Cette opinion est pourtant rétrograde : la plupart des auteurs de cette époque tiennent le contraire. Telle est d'ailleurs la réflexion d'Amyndenius. *De stylo Datariac.* C. 38. *De stylo*. n. 1... *stylus est generalis consuetudo quae consuetudo tam respicit scriptum quam factum, quamvis Decius dicat stylum consistere in scribendo, consuetudinem vero in actibus, quod non videtur subsistere.*

(6) Voir p. 229. note 5. — Dans le même sens, P. Ravennas, *Enarrationes*, Sect. V. n. 13.

loi et doit en conséquence être observé scrupuleusement. Sur ce point, la doctrine est unanime (1). Par suite, une décision rendue contre le style de la curie est nulle de plein droit (2). Les auteurs font appel à deux principes pour légitimer cette efficacité reconnue au style : la coutume de la communauté et le pouvoir du juge.

Les uns invoquent la coutume. La glose de Bernard de Parme assimile le style, à propos de la Curie Romaine, à la coutume (3) : elle est le premier texte qui puisse être allégué pour résoudre ce problème. L'Hostiensis paraît se prononcer dans le même sens quand il parle du style « accoutumé » de la curie (4). Pierre de Belleperche est d'un avis identique en définissant le style une disposition introduite par les usages d'un juge ou d'un tribunal déterminé (5). Jean d'André partage le même sentiment (6).

Cynus n'admet pas cette explication : comment peut-on parler de la coutume, puisqu'il ne s'agit pas d'un usage « commun » (7). Il fait appel à la loi « Formam » (8), dont il tire analogiquement la conclusion suivante : puisque le préfet du prétoire et non pas seulement le peuple romain, pouvait imposer une loi, le juge peut introduire une coutume sans qu'elle soit commune. Il admet donc que l'usage ou le style peut s'introduire par une décision d'un juge, mais sur le pouvoir du juge (9) : le principe est donc différent de celui qui était admis précédemment.

Bartole admet concurremment les deux théories : tout en paraissant préférer la première, puisqu'il la cite en dernier lieu (10).

Balde, par contre, ne mentionne que le style approuvé par une coutume (11).

Cette coutume devait-elle remplir les conditions communément exigées ? surtout en ce qui concerne la répétition des actes et le temps requis. Antonius de Butrio, partisan de la seconde théorie, quoi qu'en ait pensé plus tard Suarez, dit explicitement que la coutume demande

(1) Hostiensis, *Lectura*. In X. I. 2. *De constil.* c. 11. *Ex litteris. v. nostri moris.* stilus Curiae Romanae pro lege servandus. — Bartolus. In Dig. XXVIII. I. *De excusat. tut.* l. 30 (32). *Iurisperitos.* n. 4. — Balde, In Cod. IX. 49. *De bonis damnatorum.* l. 9. *Si quis.* n. 1. — I. Mascard. *De probationibus*, Conclusio 1311. n. 151.

(2) Tuschus. *Practicarum conclusionum.* Conc. 573. n. 43.

(3) Voir p. 22 note 5.

(4) Hostiensis. *Lectura*. Voir la note 1 et 2 p. 226.

(5) P. de Bellapertica. Voir plus haut la note 1 p. 227.

(6) Io. Andreae. Voir les notes 1 et 2 p. 227.

(7) Cynus. In Cod. VIII. 53 (52). *Quae sit longa consuetudo.* l. 2. *Consuetudinis.* n. 7. *Stilus licet sit usu introductus, ab uno iudice saepius stillatus, non tamen est usus communis.*

(8) Cod. I. 26. *De officio praefecti praetorio.* l. 2. *Formam.* — Cynus cite : *De off. praes. praet. l. normam (!)*

(9) Cynus. *Ib.* Item etiam maioris iudices bene faciunt statuta sua quae non sunt iuribus contraria, sed quietem communem et utilitatem municipum introducunt.

(10) Bartolus. In Dig. I. 3. *De leg.* l. 32. *De quibus. Rep.* n. 10. — Voir note 6 p. 227.

(11) Balde. Cf. les notes 3. 4. 5. 6. p. 227.

un certain délai, tandis que le style doit simplement avoir été observé deux ou trois fois. Il ajoute cependant qu'un tel style n'est pas obligatoire en ce cas : il n'est obligatoire, dit-il, que s'il interprète la pensée du législateur (1).

Une telle imprécision révolte Decius : le style a force de loi, affirme-t-il. Pour résoudre la difficulté qui se trouve dans le texte d'Antonius de Butrio, il distingue entre le style introduit par celui qui a le pouvoir législatif et par un juge inférieur : en ce dernier cas, un laps de temps est requis, puisque seule une coutume peut le sanctionner. Il ne semble pas avoir prêté attention à la réserve faite par ce commentateur. Il termine en déclarant que le magistrat ne peut introduire un style contraire au droit (2).

Sylvester Prieras indique les conditions générales de la coutume pour que le style ait force légale (3).

Rebuffus s'inspire manifestement d'Antonius de Butrio. Il déclare lui aussi que le style n'exige aucune condition de temps (4), mais, pas plus que Decius, il ne reproduit la restriction qu'y fait ce commentateur, au sujet de son caractère obligatoire. On pourrait donc croire, avec Suarez, que Rebuffus reconnaît au style force légale sans exiger l'écoulement d'un certain espace de temps. Or, il formule expressément l'exigence opposée : il n'attribue au style force de coutume, par conséquent force de loi, que s'il est prescrit (5). Il précise, en outre, que cet effet du style vaut exclusivement pour la curie qui le suit.

Rochus Curtius, par contre, déclare toujours à la suite d'Antonius de Butrio, qu'un style interprétatif du droit ne requiert ni condition de temps, ni pluralité des actes (6). Il en est autrement du style contraire au droit. Mais s'agit-il du style imposé par un juge qui est en même temps législateur ou du style fondé uniquement sur la coutume ? Suarez opine que Rochus Curtius n'envisage que la première hypo-

(1) Ant. de Butrio. In X. I. 4. *De consuetudine*, c. 11. *Cum tanto*, n. 46. Item ut puto, consuetudo exigit tempus, hic stylus non exigit tempus sed sufficit bis vel ter hoc ab illo (particulari officio) servatum absque temporis confirmatione. Probabo in effectu quia consuetudo per omnia est lex ; hic stylus non arctat nisi in declaranda mente scribentis.

(2) Ph. Decius. In X. I. 4. *De consuetudine*, n. 15. Stylus curiae facit ius... aut loquimur de stylo eius qui habet potestatem legis condendae et habent locum quae supra proxime allegata sunt ; aut loquimur in eo qui non habet potestatem legis condendae, et videtur procedere dictum Ant. de But. quia talis stylus non arctat, nec videtur requirere cursum temporis, n. 15. Et ideo magistratus non potest per stylum eius aliquid introducere contra ius commune.

(3) Sylvester Prieras. *Summa*. V° *Consuetudo*. 2° et 3°.

(4) P. Rebuffus. *Commentaria*. Art. II. gl. 13. n. 16. Quarto, in stylo non requiritur cursus temporis.

(5) P. Rebuffus. *Ib.* n. 21. Il avait d'ailleurs restreint l'affirmation posée dans la note précédente en ajoutant : ...quod intelligo quando stylus non est contra ius... vel intellige in stylo eius qui habet potestatem legis condendae, alioquin sic.

(6) Rochus Curtius. *De statuto (De consuetudine)*, n. 27. Non requirit cursum temporis... quando est solum interpretativus, non vero contra ius. Ad hunc neque requiritur pluralitas actuum.

thèse. A-t-il raison ? Rochus n'aurait-il pas suivi Antonius sans prendre garde que celui-ci ne lui reconnaissait pas, en ce cas, force légale ?

Telle était donc au milieu du XVI^{me} siècle la doctrine sur le style de la curie. Ce style avait fini par comprendre non seulement la manière d'écrire, mais s'était progressivement étendu à la procédure judiciaire, puis à l'interprétation du droit par des décisions judiciaires. Sur ce point, il rencontrait la théorie depuis longtemps admise sur l'autorité des choses, longtemps jugées de la même façon. Aussi le style fut-il alors considéré comme une espèce de la coutume.

Sans doute, depuis les origines déjà, quoique ce point ne paraisse pas très nettement établi, il avait besoin pour s'imposer obligatoirement de la sanction de la coutume. Si les auteurs le distinguaient de celle-ci, c'est à cause de son origine et de son extension : il était introduit par l'usage d'un homme ou d'un office, et était restreint généralement à l'écriture. L'ampleur de ce domaine augmenta et l'assimilation se fit progressivement.

Le style avait force de loi quand celui qui l'introduisait avait le pouvoir de faire des lois ou quand les conditions de la coutume étaient remplies. Il faut ajouter cependant, que certains, comme Rochus, semblent lui avoir reconnu le même effet sans que les conditions de la coutume relatives au nombre des actes et au temps aient été remplies, mais seulement au cas d'interprétation.

§ III. — LA DOCTRINE DEPUIS SUAREZ

Il appartient à Suarez de refaire l'unité de la doctrine sur ce point, et si, depuis lors, quelques auteurs ont apporté des précisions, les lignes générales de la théorie n'ont pas subi d'importantes modifications, tant au point de vue du contenu du style que des effets qui lui doivent être attribués.

Pour ce qui concerne l'objet du style, plus aucune divergence ne se fit jour, depuis que dans cette notion avaient été comprises les décisions judiciaires quant à leur fond même. Aussi, les auteurs (1) reprennent ce que la doctrine avait déjà admis implicitement ou explicitement. Le style de la curie concerne la procédure, par exemple l'introduction des libelles, la *litis contestatio*, les délais ou bien l'exécution des décisions.

(1) F. Suarez. *De legibus*. L. VII. c. 5, n. 3. — P. Laymann. *Ius canonicum*. In c. *Ex litteris*. 11. X. I. 2. *De const.* n. 4. — A. Barbosa, *Collect.* D. X. I. 2. c. 11. n. 4. — E. Pirhing. L. I. tr. 4. S. I, § I, n. 3. — P. Leuren, *Forum ecclesiasticum*. L. I. t. 4. c. 1. *quaest.* 369. — *Salmanticenses*. Tr. XI. c. 6. p. I. n. 3. sqq. — V. Pichler. *Ius canonicum*. L. I. t. I. § I, n. 6. — F. Castropalao. *De legibus*. Tr. III. disp. 3. P. I. n. 3. — I. B. de Luca. *Theatrum*. *De iudiciis*, disc. 35. n. 70 ; disc. 30. n. 20. — A. Reiffenstue. L. III. 4. 35. n. 77 — Schmalzgrueber. P. I. tit. 4. n. 1. — F. Schmier. L. I. T. I. c. 9. S. I, § I. n. 16. — F. X. Zech, § 382. p. 295 — En sens contraire, Ch. Gross. *De stylo curiae*, c. I. n. 54.

Böckhn (1) y fait même rentrer des actes relevant de la juridiction extraordinaire qui, à cause du style de la curie, sont devenus ordinaires, par exemple la *datio tutoris*. Enfin, on relève ce qui concerne la sentence et son prononcé, ainsi, la décision suivant laquelle les servitudes discontinues requièrent un temps immémorial.

Plusieurs auteurs font cependant remarquer que cette dernière manière concerne plutôt les « *præiudicia* », tandis que le style de la curie regarde proprement et surtout l'ordonnance des jugements.

Schmier semble distinguer un peu autrement : le style de la curie est tantôt une simple question de forme dans la manière de concevoir, de rédiger, de répondre et de procéder dans les jugements ; tantôt, il consiste dans la pratique habituelle de la curie en matière de décisions judiciaires : cette pratique, depuis longtemps en usage, aurait en conséquence force de loi et formerait une espèce de la coutume, si elle en remplit les conditions (2).

Sur ce point, somme toute, aucune modification essentielle à la tradition. Il n'en est pas de même au sujet des effets juridiques du style. Deux points furent examinés séparément : la question de savoir quand le style de la curie faisait le droit et celle de l'étendue de l'obligation engendrée : fallait-il la restreindre à la curie ou l'étendre au delà de son ressort territorial ?

Sur le premier point, Suarez (3) note la différence que Laymann fait remonter à Bartole, entre *stilus facti* et *stilus iuri* (4). Le style de fait concerne la procédure. Par contre, les décisions judiciaires ou administratives, parce qu'elles ne peuvent avoir force de loi qu'en vertu de la coutume, constituent le style de droit. Schulte reprendra plus tard cette même distinction sous les vocables de style matériel et de style formel (5).

Le style de droit est celui qui s'impose juridiquement, car il est en tout semblable à une loi, soit parce qu'il est porté par un juge ayant le pouvoir législatif, soit parce qu'il est consacré par une coutume, soit enfin parce qu'il est approuvé par une loi. Ainsi, un statut ecclésiastique imposant une peine sans préciser si elle est perpétuelle ou non, sera temporaire parce que le style de la curie le veut ainsi (6). L'établissement de prébendes nouvelles dans une église requiert la condition suivante, suivant le style de la curie : si les biens de cette église croissent en proportion (7). Enfin le possesseur d'un bénéfice paroissial ne peut en être

(1) P. Böckhn. *L. I. t. 4. § 4. nn. 53 sqq.*

(2) F. X. Zech. *o. c. L. I. tr. I. c. 9. S. I. § I. n. 16.* — Dans le même sens, V. Pichler. *o. c. L. I. tr. 4. § I. n. 6.*

(3) F. Suarez. *De legibus. VII. c. II. n. 4. 15.*

(4) *Ins.* In c. 11. X. I. 2. n. 4.

(5) J. F. v. Schulte. *Das kath. KR. I. p. 95.*

(6) X. I. 2. *De constit. c. 11. Ex litteris.*

(7) H. Gonzalez. *Ad Reg. VIII. Gl. 6. n. 210.*

privé avant que la demande n'ait obtenu trois sentences conformes, parce que telle est la coutume de la curie.

Si, par contre, un style de curie n'est pas sanctionné par une coutume ou par un juge ayant le pouvoir législatif, il ne peut être question de lui attribuer force de loi. Cette hypothèse est celle que visaient, suivant Suarez (1), Antonius de Butrio, Rochus Curtius et quelques autres, puisque ces auteurs n'exigeaient que deux ou trois actes et faisaient abstraction de tout laps de temps.

Suarez lui dénie toute force de loi en raison de l'absence de tout fondement, qui ne peut se trouver que dans un acte du législateur ou dans la coutume. Ce n'est point pourtant qu'il lui refuse toute autorité. Bien au contraire ; il affirme qu'il faut suivre ce style, non point en vertu d'une obligation coutumière ou légale, mais pour des raisons de prudence et de convenance. En ce cas, une raison sérieuse ou une grave nécessité peuvent dispenser de suivre le style de la Curie (2).

Cette mise au point de la question aurait dû couper court à toute discussion, car elle tient exactement compte des principes à appliquer dans cette matière. Il y eut cependant encore des divergences notamment sur les conditions que le style doit réaliser pour s'imposer.

Sanchez affirme qu'aucune condition de temps n'est requise et que cependant le style de la curie constitue le droit. Il fait remonter sa force obligatoire au consentement du Pape. On peut se demander s'il parle d'un consentement du Pape explicite ou simplement présumé. Il s'exprime en effet de la façon suivante : Je ne pense cependant pas que tout style possède la force de la loi, en effet, celui qui peut donner cette force ne veut pas toujours la lui accorder (3). La question ne se pose pas s'il y a acte formel du prince. D'un autre côté, admettre une présomption de volonté en cette matière paraît bien extraordinaire.

Laymann réclame quatre actes sans indiquer aucun laps de temps. Il ajoute que le prince n'approuve pas les juges statuant avec impéritie, à cause de leur mauvaise foi (4).

Bonacina suit Sanchez sur cette question (5).

Pichler attribue un effet différent au style suivant qu'il concerne la manière d'écrire ou la procédure et le jugement : en ce dernier cas, il n'a pas force de loi (6).

Castro Palao exige trois actes pour la formation du style sans aucune condition de temps (7).

(1) F. Suarez. *Ib.* n. 11.

(2) F. Suarez. *o. c.* *ib.* n. 15.

(3) T. Sanchez. *De Matrimonio*. L. VIII. disp. 21. n. 16.

(4) P. Laymann. *o. c.* In c. 19. *In causis*. X. II. 27. *De sent. et re iud.* n. 4.

(5) Bonacina. *Opera*. T. II. Disp. I. q. I. P. 4. n. 14.

(6) V. Pichler *o. c.* L. I. Tr. 4. § I. n. 6.

(7) F. Castropalao. *o. c.* Tr. III. disp. 3. p. II. § 2. n. 9. — Dans le même sens, P. Salazar. *De usu et consuetudine*. c. 5. n. 2.

Suivant Vazquez, aucun acte judiciaire n'est nécessaire, pas plus en droit civil qu'en droit canonique (1).

Böckhn traite cette question du style de la curie plus complètement que ne le font ses contemporains. Il rappelle notamment que la valeur du style de fait n'est pas basée sur la coutume. Il combat les conclusions de l'étude faite par Rottenheuser sur le point de savoir si deux ou trois sentences judiciaires conformes d'une curie peuvent créer un « *præiudicium* » ayant force de loi ou s'imposant à la conscience du juge.

Pour l'affirmer, les arguments suivants peuvent être proposés. La loi « *Si de interpretatione* » impose le recours aux usages de la cité, et deux ou trois actes suffisent, suivant la tradition, pour créer cet usage. De plus, il serait inadmissible que le style d'un même tribunal soit tantôt blanc, tantôt noir. La loi « *Non possunt* » d'ailleurs impose le recours aux cas jugés semblablement. En outre, une sentence passée en force de chose jugée est présumée juste et fait le droit. Enfin, un rescrit impérial de 1579 prescrit à la Chambre impériale de suivre une seule solution admise à l'unanimité.

Sans doute, répond Böckhn, une solution admise deux ou trois fois dans un cas semblable a une certaine importance : elle acquiert une autorité extrinsèque surtout du jugement contradictoire et de la force jugée. Cependant la loi « *Nam imperator* » exige que les choses jugées pour avoir force de loi soient en outre jugées « *perpetuo* ». Est-ce le cas lorsqu'une ou deux sentences seulement sont identiques ? De plus, le juge ne peut juger seulement suivant la solution qu'il estime en conscience plus probable. Ainsi Böckhn estime que la thèse qu'il combat n'a aucun fondement solide. De toute manière, les raisons opposées n'ont guère de valeur. D'abord le texte de la loi « *Si de interpretatione* », traite de la coutume qui requiert, outre les actes, un certain espace de temps. Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce qu'un tribunal juge mieux dans un procès subséquent, bien au contraire. En outre, la loi « *Non possunt* » ne concerne pas les jugements, mais les lois portées pour des cas semblables. De plus, la présomption qui s'attache à la chose jugée peut être détruite par de plus graves raisons et une probabilité contraire plus grande ; et la sentence judiciaire ne fait loi qu'entre les parties en cause. Quant au rescrit de 1579, il ne vaut que pour le tribunal auquel il est adressé. Aussi Böckhn repousse la thèse qui admet trop facilement que le style de la curie emporte force de loi après deux ou trois sentences judiciaires seulement.

Zeeh admet-il cette opinion ? Il dit, en effet, que les « *præiudicia* »

(1) G. Vasquez. Disp. 177. n. 52. ...in iure canonico et in iure civili consuetudinem posse introduci absque ullo actu iudiciali, solo extraiudiciali usu... — Cf. sur ce point l'affirmation un peu téméraire de M. Planiol et G. Ripert. *Traité*, I. p. 5 et note 1.

doivent être suivis, d'abord quand les conditions de la coutume sont réalisées, puis quand le droit est douteux au point que le juge ne puisse se rendre compte où se trouve la plus grande probabilité, et enfin quand tout droit fait défaut. Il ajoute que, hors ces trois cas, le juge ne peut être obligé de suivre les décisions antérieures (1). Il ne fait que suivre, sans le citer, Böckhn.

La question fut moins discutée au XIX^me siècle et les docteurs (2) se contentent de suivre la théorie de Suarez. Seul Walter (3) range le style parmi les sources formelles de droit.

La doctrine, sur le second point à examiner, ressort du fondement même de la théorie : le style ne concernant qu'un office ou un tribunal particulier n'est à observer que localement. Ce n'est pas pourtant qu'il ne puisse y être fait appel en cas d'absence de toute autre règle (4).

(1) F. X. Zech. *Praecognita*. § 382.

(2) I. Zallinger. *o. c.* §§ 229, 234. — R. v. Scherer, p. 132. — D. Bouix. *De principis*. p. 352. — G. Philipps. *KR.* VI. § 300 s. — P. Hinschius. *KR.* I. 391 s.

(3) F. Walter. § 62 a.

(4) Cf. *infra* p. 238 et n. 1. R. Curtius. *o. c.* Sect. VII. n. 23.

CHAPITRE III

Le « *stylus Curiae Romanae* »

Le style de la curie n'a force de loi en principe que dans la curie elle-même où il est établi et non point dans les autres tribunaux. L'ancien droit faisait toutefois une exception en faveur du style de la Curie Romaine.

Toutes les curies, en effet, ne peuvent raisonnablement prétendre dans l'Eglise avoir une influence égale. Le ressort de chacune d'elles est plus ou moins vaste et plus ou moins important. Mais surtout, il y a entre elles, une hiérarchie naturellement fixée par le pouvoir reconnu à leur chef (1). L'une d'elles, en effet, au moins, approche le législateur de l'Eglise entière. On peut donc penser a priori, non sans vraisemblance, que celle-ci participera dans une certaine mesure au pouvoir de son chef.

Nous examinerons donc quelle fut l'autorité dont a joui dans l'ancien droit la Curie pontificale. A titre d'exemple, nous verrons ensuite la nature de l'influence reconnue aux décisions du Tribunal de la Rote.

§ I. — L'AUTORITÉ DU STYLE DE LA CURIE ROMAINE

A quelle date remonte l'autorité spéciale reconnue à la Curie romaine ? sur quoi se basait-elle ? quelle a été son évolution au point de vue juridique ?

L'influence exercée par la Curie romaine bien avant la compilation de Gratien jusqu'aux origines elles-mêmes de l'Eglise (2).

(1) Au sujet de l'autorité reconnue aux curies archiépiscopales, la glose disait : Magister dicit quod omnes ecclesiae debeant servare consuetudinem Metropolitanae ecclesiae ut infra, eadem distinctione, de his (c. 13) — Gl. ad v. quod. a. c. 1. Non deest. Dist. XII.

(2) Cf. I. Devoli. *Ius. t. III. Appendix*, p. 291 s. — La législation impériale concordait sur ce point avec le droit canonique. Les empereurs imposaient le recours à la coutume de Rome au cas d'absence de loi positive ou de coutume générale. Voir Inst. *De satisfactionibus*. IV. 11. § 7. *Quam formam*. — Les premiers glossateurs faisaient déjà d'ailleurs une remarque identique. Ainsi Vacarius au

Le Décret contient plusieurs textes anciens établissant la prééminence de l'Eglise de Rome sur l'Eglise universelle. Le canon « Nolite » (Dist. XI. c. 3) notamment prévoit qu'il n'est pas permis de s'écarter de la coutume de l'Eglise romaine. Le canon « Quis nesciat » (Dist. XI. c. 11) déclare qu'il faut suivre ce qu'observe Rome. Le canon « Non decet » (Dist. XII. c. 1) est dans le même sens. Le motif invoqué est la primauté du siège de Pierre placé par le Seigneur à la tête de son Eglise. N'est-ce pas d'ailleurs de Rome que toutes les autres Eglises tirent leur origine ? elle est non seulement la mère, mais la tête de toutes celles-ci.

Paucapalea fait remarquer au canon « Ius generale » qu'Innocent (sans doute Innocent II) place la coutume romaine au-dessus de toute autre coutume. Il en donne comme raison l'appréhension éprouvée par le Pape que la coutume (peut-être faut-il entendre par là le régime coutumier) ne prenne une trop grande extension dans l'Eglise (1).

Rufinus déclare au chapitre « Nolite » que personne ne doit s'écarter de la coutume de l'Eglise romaine ; il spécifie que cette coutume doit s'entendre exclusivement de celle qu'observe le Siège Apostolique et qu'il impose à toute l'Eglise (2). Il restreint ainsi la portée de la coutume romaine.

Stephanus Tornacensis ne traite pas la question.

Richardus Anglicus mentionne expressément l'importance du style de la Curie Romaine (3) dans sa glose de la I Compilation vers 1193. C'est la première fois, à notre connaissance, qu'il est fait mention en termes aussi explicites de la Curie Romaine en tant que telle.

Huguccio (4) reprend la formule de Rufinus.

La décrétale « Damnamus » d'Innocent III reprend, mais en matière dogmatique, les assertions déjà contenues dans les canons du Décret (5).

L'importance de la coutume romaine est indiquée d'une manière

titre I *De interdictis* du Livre VIII du Code : *Fiet ulterior progressus ad generalem Urbis Romae consuetudinem*. Et dans le même sens, Placentin, au titre *Quae sit longa consuetudo* (Cod. VIII. 53) : *Ubi lex deficit vel ambigua est in quocumque oppido ad consuetudinem Urbis Romae decurrendum*. — Cf. E. Seckel. *Die Anfänge des europäischen Jurisprudenz im XI und XII Jahrhundert*, dans *Zeitschrift f. Sav. Stift.* 1925.

(1) J. F. Schulte. *Die Summa des Paucapalea*. Ad c. 2. Dist. I. Ne longe in ecclesiasticis hoc nomen consuetudo vagetur, ostendit Innocentius cuiuscumque ecclesiae consuetudini Romanae praeponi, cum ibi omnium ecclesiarum sit caput.

(2) J. F. v. Schulte. *Summa Rufini*. Ad c. 3. Dist. XI

(3) F. Gillmann. *Richardus Anglicus als Glossator der Compilatio I*, dans *Arch. f. KKR.* t. 107-1927, p. 636, note 1. Ad c. 8. *Universitatis*. Comp. I. I. 2. v. *consuet.* § arg. semper habendum respectum ad consuetum respectum ad consuetum stilum Romanae Curiae.

(4) Huguccio Ferrariensis. Ad. c. *Nolite*, 3. Dist. XI. v. *nolite*, in hoc capite quia dicitur quod nulli a consuetudine Romana licet dissentire, quod intelligitur tantum de illa consuetudine quam Sedes Apostolica observat et omni ecclesiae tradidit observandum.

(5) Insérée dans la *Compilatio IV*. I. I. 2., puis dans les *X*. I. I. 2.

plus caractéristique dans la Décrétale « *Ex litteris* » (X. I. 2. *De const.* c. 11). Cette lettre envoyée par Innocent III à l'Université de Paris, vise le cas d'un docteur coupable d'avoir manqué à l'observance sur un point de discipline. Condamné par contumace, il avait été excommunié et l'Université avait demandé si cette peine devait être perpétuelle. Le Pape répond par la négative en vertu du droit en vigueur et, ajoute-t-il, de notre coutume. Le Pape n'indique pas le motif qui lui fait mettre sur le même rang le droit de l'Eglise et la coutume romaine. Le point important est cette assimilation elle-même, d'ailleurs suffisamment légitimée par les raisons apportées dans le Décret et la décrétale « *Damnamus* ».

La doctrine ne pouvait pas négliger des directions aussi nettes et explicites. Il lui revenait cependant de préciser dans quelle mesure cette influence devait s'exercer. On notera d'ailleurs que les textes se référant à cette influence romaine ne concernent pas spécialement la pratique de la Curie Romaine (1). L'*Hostiensis* ajoute cette détermination dans son commentaire du chapitre « *Quam gravi* ». Il faut « considérer et tenir compte de la coutume et du style accoutumé de l'Eglise de Rome » (2). Il va plus loin encore dans sa glose de la décrétale « *Ex litteris* ». Il y déclare que le style de la Curie Romaine doit être observé comme loi. Il note pourtant qu'il vaut mieux user du droit écrit que de cette coutume romaine, sauf toutefois, dit-il, dans les jugements, et ce à cause de la décrétale « *In causis* » (3).

Il se base sur le texte de la décrétale commentée et sur la loi « *In nomine Domini* » du Code (I. 27. *De off. praef. praetoris Africae*. l. 2. § 8. *Pro limitaneis*). Il tire aussi argument du canon « *Most est* » (C. XII. q. 2. c. 30). Ce fragment est extrait d'une lettre de Saint Grégoire le Grand à Saint Augustin, l'apôtre de l'Angleterre. Ce dernier avait demandé au Pape quelle coutume il fallait suivre au sujet des biens appartenant à une église. Grégoire le Grand indique la coutume du Siège Apostolique. On voit ici une application du principe que l'Eglise est la mère des Eglises du monde romain (4). L'affirmation sans conteste la plus remarquable du commentaire de l'*Hostiensis* est la suivante : la coutume de la Curie Romaine doit être suivie comme loi par tous. Il n'y indique aucune condition, ni aucune restriction. Il est pourtant vraisemblable qu'il ait admis celles de Rufinus. La réflexion qu'il fait dans la glose au chapitre « *Sane* » le montre. Il rappelle que la coutume de

(1) Cependant, dans la suite, les auteurs appliquent à la Curie Romaine ce qui a été déclaré à cette époque de la coutume romaine d'une façon générale.

(2) *Hostiensis. Lectura*. In X. V. 20. *De crimine falsi*. c. 6. *Quam gravi*. v. *consuetudinem*.

(3) *Hostiensis*, o. c. In X. I. 2. *De constit.* c. 11. *Ex litteris*. v. *moris*.

(4) *Hostiensis. Summa. Prooemium*, n. 4.

l'Eglise de Rome doit être suivie par toutes les Eglises, mais il ajoute : en ces matières (1), c'est-à-dire en matière d'ordination.

La glose de Bernard de Parme énonce la doctrine d'une manière plus précise : il faut suivre la coutume romaine en tout ce qu'elle observe et impose. Ainsi, c'est toujours la doctrine de Rufinus. Pour résoudre les difficultés venant de quelques canons du Décret, il admet l'existence de la coutume, sauf lorsqu'un privilège a été réservé (2) à l'Eglise de Rome.

Guillaume Durand ajoute une raison en faveur de la pratique de la Curie pontificale : son style s'appuie sur le droit commun (3). La preuve de ce qu'il avance se trouve dans la décrétale « *Pastoralis* » (X. II. 22. *De fide instr.* c. 8). Innocent III y répond à une question de l'Evêque d'Hélie : Que faire lorsque des doutes planent sur l'authenticité d'une décrétale extravagante ? Le Pape répond qu'il faut présumer en faveur de l'authenticité si la décrétale est conforme au droit commun. Guillaume Durand en tire analogiquement argument en faveur du style de la Curie romaine qui, lui, aussi, est conforme au droit commun. Il se réfère aussi à la Décrétale « *Bonae* » (X. II. 30. *De confirm. ut.* c. 3). La raison n'en apparaît cependant guère. Dans son commentaire sur les appels, il mentionne le principe posé par l'Hostiensis, suivant lequel le style de la Curie Romaine s'impose à tous (4). Il semble faire pourtant une restriction au chapitre sur le témoin. La coutume de la Curie Romaine doit être suivie par tous au sujet du temps laissé pour la discussion des dires des témoins (5).

Ainsi, à la fin du XIII^{me} siècle, la prééminence de la Curie Romaine lorsqu'elle est imposée par le Saint Siège, est affirmée et acceptée sans discussion par tous, au moins en principe et d'une façon générale. Ces distinctions raisonnables sont suivies par tous les commentateurs.

Balde rappelle qu'une coutume spéciale de l'Eglise de Rome ne s'étend pas nécessairement aux autres Eglises dans les matières où celles-ci ont une coutume propre (6). Il en donne la raison au chapitre « *Quoniam* » : ces Eglises n'ont pas comme droit commun ce que la Curie Romaine observe spécialement (7) ; en effet, celle-ci n'impose pas son style aux autres curies (8).

Le Praepositus reprend la même doctrine : il ajoute toutefois que la

(1) Hostiensis. *Lectura*. In X. I. 11. *De temporibus ordinationum*. c. 2. *Sane. v. nam apud nos. secundum iura nostra et consuetudinem Romanae Ecclesiae quae in talibus ab omnibus ecclesiis sequenda est.*

(2) Gl. in X. I. II. c. 1. *Subdiaconos*. v. *Roma*.

(3) Guil. Durandus. *Speculum*. L. II. P. 3. *De appellationibus*. § 10. *Officium eius*. n. 14.

(4) Guil. Durandus. o. c. l. c.

(5) Guil. Durandus. o. c. L. I. P. 4. *De teste*. § 9. *Publicatis*. n. 3. *secundum modum laudabilem Curiae Romanae qui pro lege saltem quoad hoc servari debet.*

(6) Balde. In Dig. I. 3. *De leg.* l. 32. *De quibus*. n. 31

(7) Balde. In X. II. 9. *De feris*. c. 2. *Quoniam*. n. 2.

(8) Balde. In Cod. VIII. 53 (52). *Quae sit longa consuetudo*. l. 3. *Leges*. n. 1.

coutume s'impose dans les matières de foi et d'administration des sacrements, ainsi que le cas de volonté formelle du Pontife Romain (1). Il préfère cependant l'application de la coutume des provinces voisines (2) au style de la Curie Romaine.

Aegidius Bellamera pour des raisons plus juridiques, refuse l'extension universelle de la coutume romaine. Celle-ci est un élément de fait, concernant certaines personnes et certains lieux ; il n'y a donc pas de raison qu'elle s'étende à d'autres. De plus, vraisemblablement, la raison d'être de ces coutumes ne se retrouvera pas dans les Eglises inférieures ; en conséquence, il n'y a nul motif d'étendre la coutume (3). Ainsi, la tendance à cette époque paraît plutôt être restrictive.

Le Panormitan rappelle que la coutume de l'Eglise romaine ne s'étend à d'autres Eglises que si le Pape l'exige, sauf dans les matières touchant aux articles de la foi ou au cas d'une disposition formelle de droit (4).

Petrus de Ancharano reprend avec vigueur la thèse de l'Hostiensis et de Guillaume Durand : le style de la Curie Romaine fait le droit dans tous les cas non prévus dans la législation positive (5).

Rochus Curtius résume toute la doctrine. La coutume de l'Eglise Romaine porte sur la façon de rédiger et de donner les rescrits. Elle doit être invoquée partout pour la solution des litiges, à condition toutefois qu'il n'y ait aucun droit en sens contraire : puisque le droit particulier déroge au droit commun, à plus forte raison peut-il déroger au droit particulier, en l'espèce au droit de l'Eglise de Rome (6). Ce dernier s'impose en trois cas seulement : en matière de foi ou d'administration des sacrements, en l'absence de tout droit (7) et quand le Pape en ordonne l'observation (8).

Cette même doctrine est reprise par Rebuffus (9). Il se contente de rappeler la doctrine de Balde : le style de la Curie Romaine ne doit pas nécessairement être observé dans les curies particulières ; une observance particulière de l'Eglise de Rome ne s'impose pas nécessairement suivant le droit commun qui les régit.

Après la réforme du Concile de Trente la théorie ne subit plus de modification sensible (10). Il y eut toutefois quelques précisions à appor-

(1) Praepositus. In Dist. XI. c. 3. *Nolite*. n. 3.

(2) Praepositus. o. c. *Ad Dist.* I. c. 5. *Consuetudo*. n. 8.

(3) Aegidius Bellamera. *Ad Dist.* I. c. 4. *Mos est*. n. 10.

(4) Panormitanus. In X. I. 2. *De const.* c. 11. *Ex litteris*. n. 6.

(5) Petrus de Ancharano. *Consilia*. Cons. 53. n. 2. Cf. plus haut p. 241.

(6) R. Curtius. o. c. Sect. VII. n. 23.

(7) R. Curtius. o. c. *ib.* nisi Ecclesia Romana alius iubeat.

(8) R. Curtius. o. c. Sect. VII. n. 23.

(9) Un peu avant le Concile de Trente. L. Gomez, *Prooemium*. n. 71. — Aug. Barbosa. *Collectanea doctorum*. In X. I. 2. *De constit.* c. 11. *Ex litteris*. n. 4. — P. Fagnanus. *Ad X. I. 2. De constitutionibus*. c. 13. *Quoniam*. n. 70 ss. — A. Reiffenstuel, o. c. t. I. p. 32. n. 137. — Schmalzgrueber. P. I. tit. 4. n. 1. — F. Schmier, o. c. t. I. p. 527. n. 231. — I. B. de Luca. o. c. T. XV. *De iudiciis*, disc. 39, n. 31.

(10) P. Rebuffus. Art. II. gl. 13. n. 57.

ter sur le rôle de la Sacrée Congrégation du Concile. La situation de la Congrégation du Concile était spéciale en raison de la mission qui lui avait été donnée par la Bulle « Immensa » : elle devait interpréter les décrets du Concile de Trente. Les décrets disciplinaires de la Congrégation du Concile s'appellent ou déclarations, résolutions (on dit aussi décisions, réponses aux sentences judiciaires) ou enfin décret au sens strict. On les distingue en décrets (au sens large) formellement généraux, formellement particuliers et formellement particuliers mais équivalamment généraux. Les premiers ont force de loi universelle. Les seconds lient les parties intéressées, mais par eux-mêmes n'ont pas force de loi universelle ; cependant répétés dans le même sens, ils peuvent donner naissance à une véritable coutume (les conditions de celles-ci remplies) qui a force de loi dans les tribunaux inférieurs (1). L'approbation du Souverain Pontife entraînerait plus rapidement formation de cette coutume. La troisième catégorie oblige également ceux à qui ils sont adressés ; mais quelle est leur valeur par eux-mêmes : si ces décrets sont extensifs, ils devraient être promulgués pour avoir force de loi ; s'ils sont compréhensifs, leur valeur est indiscutable par eux-mêmes ; si, par contre, il s'agit d'un point de droit douteux, s'élevait une grave controverse.

Il en fut de même pour les décisions des autres Congrégations ou des Tribunaux romains.

Ainsi le style de la Curie Romaine s'impose à tous quand le Pape l'impose implicitement ou explicitement, en matière de foi ou de sacrements et en l'absence de tout droit positif particulier.

§ II. — LES DÉCISIONS DU TRIBUNAL DE LA ROTE

Une application de cette autorité de la Curie pontificale est donnée dans la doctrine des auteurs sur l'autorité à reconnaître aux décisions du Tribunal de la Rote.

Le premier auteur qui fasse mention de ces dernières est, à notre connaissance, le Cardinal Zabarella. Examinant si une sentence peut être rendue contre une décrétale extravagante et n'être pas nulle de plein droit, il répond par la négative : on peut en effet douter de l'existence ou du sens d'une telle décrétale. Il cite à ce propos les décisions de la Rote, qu'il donne en exemple et en tire un argument d'analogie avec le cas en discussion ; même si une décision de la Rote est connue, dit-il, le juge n'est pas tenu de s'y conformer, parce qu'elle n'a pas reçu l'approbation pontificale. Ainsi, le Cardinal ne leur reconnaît

(1) F. X. Wernz, *Ius.* I. p. 156 t p. 249. — L. Choupin. *Valeur*, p. 70, note 1.

qu'une autorité purement doctrinale (1). Il en est ainsi également d'Alexander Tartagnus (2).

Dominicus a Sancto Geminiano aboutit à une conclusion identique. Au témoignage de Ioannes Franciscus de Pavinis (3), il ne se fit pas faute de donner des « consilia » en opposition directe avec des décisions formelles de la Rote. Il précisait d'ailleurs au chapitre « Duobus » du Sexte que les sentences de ce Tribunal étaient probables, comme les avis d'un docteur. Si donc quelqu'un croit pouvoir opposer de meilleures raisons à celles de la Rote, il a pleine liberté de décider autrement : seule l'autorité du législateur s'impose (4).

Ioannes ab Imola, tout en étant du même avis, reconnaît que les décisions de la Rote l'emportent sur l'opinion commune des docteurs (5).

Felinus Sandaeus adopte la même thèse : les décisions de la Rote sont probables, il ne faut donc pas les suivre nécessairement et elles ne peuvent être alléguées pour motiver les sentences judiciaires (6). Il précise cependant (peut-être certains tenaient-ils le contraire ?) qu'une sentence est pleinement valide même si elle est rendue en dépit d'une décision contraire de la Rote (7).

Decius suit cette doctrine dans son commentaire de la loi « Bene est », tout en reconnaissant aux sentences rotales très grande autorité doctrinale. La raison invoquée est toujours l'absence d'une approbation officielle : l'autorité leur fait défaut (8). Il fait la même remarque au chapitre « Canonum » (9).

Ioannes Franciscus de Pavinis, par contre, trouve que l'autorité de ces décisions est vraiment trop diminuée (1). Il apporte comme argument le chapitre « Sicut » (X. II. *De sent. et re iud.* c. 16), où le Pape allègue le style des savants pour renforcer sa décision. Il invoque également le canon « De quibus » (Dist. XX. c. 3). Son argumentation semble

(1) F. Zabarella. In X. II. 22. *De fide instrumentorum.* c. 8. *Pastoralis.* n. 4.

(2) Alexander Tartagnus. In Dig. XXIV. 3. *Soluto Matrimonio.* l. 22 (23). *Si cum dotem.* § *eo autem tempore.* n. 2 s.

(3) Io. Fr. de Pavinis. In *extravagantes Ioannis XXII praefatio.* Nota tamen quod Cardinalis et Petrus Ancharanus et Dominicus a Sancto Geminiano consulerunt contra decisionem Rotae. — Cf. Dominicus a Sancto Geminiano. In VI. I. 3. *De rescriptis.* c. 14. *Duobus.* v. *praesentaverit...* Domini de Rota dixerunt... ego consului contrarium.

(4) Dominicus a Sancto Geminiano. In VI. I. 3. *De rescriptis.* c. 14. *Duobus.* n. 3 s. Videntur decisiones ipsorum ita debere sequi quando allegarentur in contrarium rationes validiores, quia non est standum auctoritati dicentis quando eius dicta non sunt approbata per principem.

(5) Io ab Imola. In X. II. 5. *De litis contestatione.* c. 1. *Olim.* n. 2. — Dans le même sens plus tard, P. Fagnanus. In II. 1. *De iudiciis.* 12. *Cum venissent.* n. 32. En sens contraire, A. Barbatius. In X. II. 19. *De probationibus.* c. 1. *Ex epistolae.* col. 4.

(6) Felinus Sandaeus. In X. I. 3. *De rescriptis.* c. 2. *Ex parte.* n. 46.

(7) Felinus Sandaeus o. c. In X. II. 22. *De fide instrumentorum.* c. 8. *Pastoralis.* n. 10.

(8) Ph. Decius. In Dig. XII. 1. *De rebus creditis.* l. 1. *E re est.* Lect. 1 a. n. 24 s.

(9) Ph. Decius. In X. I. 2. *De const.* c. 1. *Canonum.* 2a lect. n. 4.

(10) Io. Fr. de Pavinis. *Praefatio in Extrav. Ioannis XXII.*

cependant se baser surtout sur le fait qu'aux auditeurs de Rote revient la mission d'interpréter les paroles et la pensée du Pontife Romain en ses rescripts. Ils jugent par conséquent en connaissance parfaite de cause, après mûr examen, et cela non seulement au su et au vu du Pape, mais sur son ordre et par sa volonté (1). Il conclut que les décisions de la Rote sont une source de droit à l'intérieur de la Curie Romaine, au moins à l'instar du style. Hors du ressort de la Curie, elles ont l'autorité dont jouissaient dans l'Antiquité les réponses des Prudents (2).

Sans suivre en tout ce commentateur, les auteurs reconnaissent la très grande autorité des décisions rotales (3). Fagnanus va même jusqu'à dire que leurs interprétations doivent être admises obligatoirement (4). Ceci a dû être admis, au moins dans une certaine mesure, puisque Grégoire XIII se vit dans la nécessité d'adresser une admonestation aux auditeurs qui avaient interprété les décrets du Concile de Trente (5).

Au strict point de vue juridique, les décisions rotales n'ont cependant qu'une valeur et une autorité doctrinale et probable, dépendant des raisons qui les fondent (6), sauf évidemment pour les parties en cause. Il est cependant admis qu'elles prévalent sur les opinions communes des docteurs (7), tant à cause de l'autorité particulière des membres qui la composent qu'à raison de la manière dont elles sont rendues. Il ne peut être question de leur reconnaître une autorité ultérieure, celle-ci ne leur ayant jamais été conférée. De plus, le Pape n'intervient jamais dans les solutions apportées. D'ailleurs, le Tribunal de la Rote n'hésite pas à changer d'avis, s'il considère l'opinion qu'il a suivie antérieurement comme regrettable et erronée.

Quelques auteurs néanmoins, au témoignage d'Engel (8), Barbosa et Guttyrex, ont attribué force légale ou quasi-légale aux décisions rotales. Engel refuse de les suivre si loin, à raison de l'absence de tout texte leur attribuant une autorité ultérieure, il leur reconnaît pourtant hors de la Curie romaine, l'autorité des Prudents de l'ancienne Rome. Il ne faut pas, dit-il en terminant, s'écarter de leurs décisions à moins de motif très sérieux. Plus récemment Laurin semble avoir attaché une importance beaucoup trop grande à une seule décision rotale (9).

(1) Io. Fr. de Pavinis. *Ib.*

(2) Io. Fr. de Pavinis. *ib.* faciunt ius ad instar styli... Extra Curiam, tanquam responsa prudentum.

(3) Ph. Probus. Ad. VI. l. 3. *De rescrip.* n. 10. — Praepositus. In Dist. 9. c. 10. *Neque.* n. 2 s. — Aeg. Bellamera. Dec. 42. — Cassadorus. *De praeb.* Dec. 17, n. 7.

(4) P. Fagnanus. In X. II. l. *De iudiciis.* c. 12. *Cum venissent.* n. 31. Magnum tamen habent pondus auctoritatis... n. 34. Quamobrem Rotae interpretio in suis decisionibus videtur auctoritativa.

(5) Suivant P. Fagnanus. *ib.* n. 34.

(6) I. B. de Luca. o. c. T. X. V. *Relatio.* Disc. 30, n. 68 s. — G. Vasquez. In I-IIae. Disp. 177. c. ult. n. 75. — R. v. Schérer. o. c. p. 492 s. — A. Reiffenstuel. o. c. *Prooemium.* VIII. n. 142.

(7) I. Menochius. *De praesumptionibus.* II. 74. n. 14.

(8) L. Engel. *Collegium. Prooemium.* n. 17.

(9) F. Laurin. *Archiv. für kath. KR.* T. XXVI, p. 198 s.

En résumé, la doctrine reconnaissait donc aux décisions rotales une grande importance. Elles n'étaient pourtant obligatoires qu'en vertu de l'application des règles coutumières, sauf à la Curie Romaine. Leur autorité se fondait en définitive sur deux motifs : d'une part, sur l'importance des docteurs qui constituaient ce Tribunal, et d'autre part, sur la grande facilité avec laquelle ces décisions pouvaient devenir de style.

Tel était l'ensemble de la théorie communément admise avant le Code en matière de style. S'imposaient seules les décisions qui avaient fini par recevoir l'autorité de la coutume. Pour le reste, leur valeur dépendait avant tout des raisons sur lesquelles elles étaient basées. Cependant, compte était aussi tenu au moins dans une certaine mesure, de la compétence et de la valeur de ceux qui les avaient portées.

CHAPITRE IV

L'influence de la pratique de la Curie Romaine sur l'évolution du droit

Une importance considérable a été attribuée en droit à la pratique de la Curie Romaine. Est-il possible d'apprécier l'influence exercée en fait sur la législation, l'interprétation des lois et les jugements des tribunaux inférieurs ; dans quelle mesure a-t-elle existé, dans quel sens s'est-elle dirigée, quelle fut son extension, et à quelles époques se développa-t-elle surtout ? Telles sont les principales questions qui se posent, afin de déterminer les critiques dont il y aura lieu de tenir compte dans l'établissement de la théorie actuelle.

Les organes dont procèdent ces décisions et dont elles tirent leur valeur sont au nombre de cinq ; nous aurons ainsi à examiner successivement les sentences judiciaires des Pontifes Romains, les coutumes romaines, les décisions du tribunal de la Rote et enfin les actes administratifs (1) ou judiciaires des Congrégations Romaines.

Les sentences judiciaires émanées du Souverain Pontife lui-même et qui n'avaient pas force de loi universelle, ne purent qu'avoir grande influence surtout à l'époque où ces recours au Saint-Siège devinrent fréquents. Les juges devaient recourir aux décisions émanées des Pontifes Romains, en vertu de la décrétale « *In causis* » qui fait elle-même remarquer la fréquence de ce recours (2). Néanmoins, l'influence de sentences judiciaires des Papes fut considérable à cette époque. La meilleure preuve en est la codification ordonnée par Grégoire IX de ces décrétales des Papes dont un grand nombre étaient des sentences judiciaires dont l'influence fut si considérable sur l'élaboration du droit canonique : de sa pratique se dégagèrent le droit canonique. A la diffé-

(1) Il est ici question exclusivement des actes juridiques qui par eux-mêmes n'ont aucune force légale.

(2) *Apparatus Tancredi* dans J. F. Schulte. *Litteraturgeschichte der Compilationes antiquae Sitzungsberichte der k. Academie der Wissenschaften. Phil. Hist. Classe.* t. 66. Vienne. 1871. p. 123. — Tancredus note que certaines décrétales insérées dans les deux premières Compilations n'étaient pas admises par la Curie. Il n'indique pas de raison : probablement étaient-elles apocryphes ?

rence d'autres droits qui eurent une origine purement doctrinale (1), il est sorti de la pratique des tribunaux romains. L'influence doctrinale s'y exerça d'une manière indirecte en raison de la science juridique des Pontifes de ce temps et de leur entourage.

Ce travail se poursuit avec Boniface VIII et Clément V. Après eux, les auteurs citent de plus en plus rarement les décisions judiciaires personnelles des Papes en raison de l'autorité exclusive attribuée aux collections officielles, et aussi eu égard à la difficulté de s'assurer de l'authenticité des autres documents pontificaux. Néanmoins, parmi les décisions subséquentes, plusieurs jouèrent un rôle de premier plan : ainsi, celle de Jean XXII déclarant qu'un mariage même non consommé ne pouvait être dissous par un vœu solennel de chasteté (Extra. 10. XXII. c. un. *De Voto*. VI). Une autre de Boniface VIII exige pour les titulaires de dignités curiales la preuve de leur élévation (Extra. com. I. *De elect.* 3. c. 1. *Iniunctae*) ; vient aussi la célèbre bulle « Unam sanctam » (Extra. com. I. 8. *De maiestate*. c. 1) qui rappelle les droits du Saint-Siège en France.

Outre les décisions judiciaires des Pontifes Romains eux-mêmes, doivent être citées les coutumes de la Curie Romaine, notamment en matière de rescrits de Chancellerie et de Pénitencerie, de bénéfices ou de privilèges (2). Celles-ci jouissaient, avant la division de la Curie en offices ou tribunaux permanents, de l'autorité qui devait plus tard être reconnue au style et à la pratique de chacun d'eux. Combien de fois, les auteurs ne disent-ils pas avoir vu résoudre ainsi une cause à la Curie ? Ainsi, Jean d'André recourt au style de la Curie (3) pour répondre à la question suivante : celui qui frappe plusieurs clercs d'un seul coup encourt-il plusieurs excommunications ? La Curie répondait par la négative. De même, l'autorité du témoignage d'un Cardinal assurant que le Pape lui a confié une mission dans un « oraculum vivae voci » a été admise dans la Curie (4), à raison de l'autorité qui s'attache à la parole d'un Prince de l'Eglise.

Le rôle attribué aux décisions du Tribunal de la Rote, l'un des premiers qui prit figure de corps autonome, a été encore plus considérable et semble maintenant destiné à s'accroître de plus en plus. Après un bref historique afin de déterminer les époques où son autorité se fit surtout sentir, nous précisons l'influence qu'il eut tant sur la pratique que sur la doctrine et la législation, puis enfin le sens dans lequel s'exerçait son action.

L'origine de ce tribunal en tant que tel remonte à une date (5) qu'il

(1) F. de Visscher. *La jurisprudence romaine*, dans *Mélanges Gény*. I. p. 32 s.

(2) L. Wahrmund. *Die consuetudines Curiae Romanae*, dans Arch. f. k. KR. t. 79, 1899, p. 3-19.

(3) Ioannes Andreae. *Mercuriales*. In reg. *Delictum personae*. n. 3.

(4) Felinus Sandeus. In X. I. 3. *De rescriptis*. c. *Ex parte*. 12. n. 16.

(5) Suivant Lega, peut-être sous le pontificat de Lucius III (1181-1185). *Oram Lega*. p. 19.

n'est pas encore possible d'indiquer avec toute la netteté souhaitable, pas plus que ne peut être déterminée la date originelle de l'usage des recours à Rome en matière judiciaire. Ils remontent toutefois à la plus haute antiquité (1). A raison de la multiplicité des causes traitées à la Curie, il y eut, semble-t-il, peu à peu spécialisation en matière judiciaire de certains auditeurs ou chapelains de la Cour romaine : le Souverain Pontife fit d'abord préparer les jugements à rendre, puis finit par attribuer une juridiction réelle à une époque qui n'est pas déterminée.

La Constitution « *Ratio iuris* » de Jean XXII (2) fixe les règles auxquelles doit obéir le Tribunal, ainsi que sa compétence. De toute manière, la Rote ne saurait guère être antérieure aux dernières années du XIII^{me} siècle : Guillaume Durand aurait dû en parler dans le « *Speculum* ».

Le rôle de la Rote comme tribunal suprême du Saint-Siège et tribunal ordinaire pour les Etats pontificaux ne cesse ensuite de croître et de se développer jusqu'au XVI^{me} siècle. La fondation des Congrégations Romaines, tout spécialement de la Congrégation du Concile, lui enleva pratiquement la connaissance d'une grande partie des causes disciplinaires. Ce fut une première cause de l'affaiblissement de son autorité. Aux XVII^{me} et XVIII^{me} siècles, des querelles de préséance accrurent la diminution de son prestige (3). Néanmoins, l'activité reste grande jusqu'à la prise de Rome en 1870. Depuis cette date, la Rote n'avait plus guère de pouvoir ni de raison d'être : Léon XIII la conserva pourtant et restreignit sa compétence à l'examen de la validité des procès apostoliques dans les causes de béatification et de canonisation. La réorganisation de la Curie opérée par Pie X la tira de sa léthargie et lui assura un domaine important (4) : elle est spécialement un tribunal d'appel pour tous les procès canoniques.

L'influence de la Rote sur les décisions judiciaires des tribunaux, de quelque ordre qu'ils soient, fut très grande dans l'ancien droit. Il ne saurait être question de chercher à la déterminer en tous points. Les travaux sur ce point sont rares (5), et cette étude dépasserait et le but et les limites de notre sujet. Son importance reconnue par le Code (6) répond à une réalité qui s'est affirmée durant de longs siècles. Cela apparaît aussi bien des témoignages portés sur le rôle joué par la Rote

(1) I. Devoti. t. III. Appendix. p. 291. — M. Lega. *S. Rotae decisiones*. t. I. p. 11. — E. Cerchiari. t. I. — M. Lega. *Coram Lega*, t. I. p. 10. n. 3.

(2) Suivant une opinion que Lega estime sans fondement, à Jean XXIII — *Coram Lega*, page 21, note 14.

(3) Sur ces abus introduits, voir E. Cerchiari. o. c. t. III, p. 442. n. 347. — M. Lega. o. c. p. 12, note 8.

(4) M. Lega. o. c. p. 10, note 1. — *Lex propria S. R. Rotae et Signaturae Ap.* 29 iun. 1908, can. 11-14.

(5) G. Ermini. *Guido Bibliographico*.

(6) Cc. 1598 ss.

que de l'influence exercée en fait tant sur la doctrine et la pratique judiciaire que sur la législation elle-même.

Les auteurs attestent le rôle considérable de la Rote. La plupart des canonistes et des civilistes signalent le chiffre impressionnant des décisions imprimées ou mises en circulation. Le nombre des recueils de décisions est très élevé. Certains compilateurs ont accumulé les sentences rendues sans aucun ordre et indistinctement (1). D'autres en ont fait un choix pour montrer l'accord de leurs propres théories avec la pratique judiciaire. Que de traités, surtout au XVII^{me} et au XVIII^{me} siècles, relatent des décisions rotales ! Il n'est pas jusqu'au cardinal de Luca, un détracteur pourtant de ce tribunal, s'il faut en croire Emerix (2), qui n'ait éprouvé le besoin de faire joindre à son « *Theatrum* » un choix des principales sentences jurisprudentielles de la Rote (3). Schérer note qu'à la Bibliothèque royale de Munich se trouvent jusqu'à soixante-sept éditions différentes des décisions rotales (4). Théodore Rossi mentionne douze mille décisions rotales manuscrites dans les Archives vaticanes (5).

Les titres dont les auteurs qualifient la Rote sous une phraséologie qui répondait au goût du temps indiquent également l'estime dans laquelle elle était tenue. Ils la qualifiaient d'« *asylum iustitiae* » (6). Les Papes eux-mêmes l'appelaient : « *totius orbis christiani supremum tribunal* » (7). Lega encore, à la fin du XIX^{me} siècle, rappelle que les docteurs compulsent ses recueils « *jour et nuit* » (8).

D'ailleurs, la Rote est un des organes principaux du style de la Curie Romaine (9) : il faut suivre, disait l'opinion commune, la jurisprudence des tribunaux suprêmes (10).

L'influence qu'elle a exercée était due en partie à la renommée dont jouissaient ceux qui avaient été choisis par le Saint-Siège pour en faire partie. La Rote a compris dans son sein, parmi les plus fameux commentateurs des Décrétales : outre Zabarella et Gennaro, y siégèrent Turrecremata, le Panormitan, Felinus Sandaeus, Mantica, sans compter d'autres noms, moins connus peut-être à l'heure actuelle, mais dont les travaux ne furent pas moins prisés en leur temps : (11).

Aussi n'est-il pas étonnant que cette influence exercée d'abord sur

(1) A. Van Hove. *Prolegomena*. I. p. 208. — Voir surtout G. Ermini. *Guido bibliographico* ; et la recension de G. Le Bras. *Nouv. Rev. Hist.* 1935. XIV. p. 143 s.

(2) Voir pourtant l'observation de Lega. o. c. p. 12, note 6.

(3) Mantissa. *Ad Theatrum*. I. B. de Luca.

(4) R. v. Shérer. o. c. p. 141. n. 2.

(5) B. Brugi. *Per la storia*. t. IX. p. 188.

(6) DTC. III. col. 1968.

(7) Ib.

(8) M. Lega. *De iudiciis*. I. p. 15.

(9) I. B. de Luca. *Theatrum*. t. XV. *De Iudiciis*. disc. 39. n. 31. — Idem. ib. t. XIV. *De regularibus*. disc. 59. n. 8.

(10) Idem. ib. t. XV. *Relatio Curiae romanae*. disc. 32. nn. 73-86. — E. Cerchiari. o. c. I. p. 42. — F. Calasso, *Il concetto*. p. 59 ss. *Arch. giur.* 1934.

(11) E. Cerchiari. t. II. passim. — B. Brugi. t. IX. p. 74.

la pratique, puis sur la doctrine n'ait fini plus tard par se faire sentir dans la législation elle-même.

Le rôle joué sur la pratique était le plus naturel. Il s'étendait aussi bien au droit civil qu'au droit canonique. En ce qui concerne le droit civil, il fut capital en Italie et dans les pays voisins. En Italie, à peu près toutes les Rotes s'inclinent devant les décisions du tribunal romain (1). Ainsi finit par s'établir le droit commun italien, le « ius commune », résultat de la fusion du droit romain, du droit féodal, des coutumes et des statuts de chaque ville sous l'influence du droit canonique. Ce travail de régularisation du « ius commune » opéré par la Rote romaine au point de vue jurisprudentiel est essentiel. Il apparaît au XVII^{me} siècle dans l'immense recueil de Marta (2). Celui-ci avait voulu donner un aperçu sur tous les points discutés de son temps ; il met ainsi en relief les décisions prises par la Rote romaine précisant la jurisprudence admise. Il a accumulé les solutions fournies par la jurisprudence sur plusieurs milliers de points de droit douteux : la grande majorité de ces dernières provient de la Rote. Le récent travail d'Ermîni sur cette question apporte une éclatante confirmation de cette œuvre.

L'influence exercée à l'époque moderne sur le droit canonique paraît avoir été moindre. La raison en est que la juridiction rotale avait pour objet en principe le règlement des affaires tant civiles qu'ecclésiastiques qui s'élevaient dans le territoire soumis au Saint-Siège : les causes ecclésiastiques sont moins nombreuses. Néanmoins, l'importance que la Rote a revêtu pour le droit canonique n'est pas à négliger. Partout, à propos de toute question, on rappelle la solution apportée par la Rote. Ainsi, en matière matrimoniale, on invoque son témoignage pour admettre l'attestation de ceux qui en sont les auteurs, dans un procès de nullité de mariage *ex vi et metu* (3).

On note combien la Rote s'efforce d'éviter autant que possible la séparation du corps et tout ce qui peut affaiblir le lien matrimonial (4). De nombreuses décisions déterminent les cas où la crainte, notamment la crainte révérentielle, est suffisante pour vicier le consentement des époux (5), tranchent la question de savoir si dans la suite d'un procès on peut entendre celui qui à son début a été contumace (6), fixent la règle concernant l'influence de la démence dans la formation du mariage (7). Suivant le style de la Rote, toutes les femmes pénétrant à l'intérieur d'une clôture sont frappées d'excommunication (8).

(1) B. Brugi. *o. c.* pp. 177-187.

(2) I. A. Marta. *Digesta novissima*.

(3) P. Farinacci. *S. R. decisiones*. P. I. t. XVIII. *rec. dec.* 373, n. 13 s.

(4) M. Lega. *Coram Lega*. Dec. X. Separationis. 5. VII. 10. n. 11, p. 151.

(5) Idem. *ib.* dec. XXIV. Nullitatis. 16. V. 12. n. 4 s. pp. 296 s.

(6) Idem. *ib.* dec. XXV. Suspensionis. 31. V. 12. n. 16. p. 310.

(7) Idem. *ib.* dec. XXXIV. Matrimonii. 13. II. 13. n. 7. p. 417.

(8) A. Reiffenstuel. L. III. t. 35. n. 27.

Pour mesurer l'influence exercée sur la doctrine, il n'est que de relever dans Decius, le Panormitan, ou dans les auteurs plus récents, comme Reiffenstuel ou Schmalzgrueber, les nombreuses solutions directement inspirées par la jurisprudence rotale.

Cette influence pénètre dans la législation. Le Souverain Pontife dans la *Lex propria Sacrae Romanae Rotae*, a repris le style adopté précédemment par le tribunal de la Rote sur le contumax. Il en est de même de la doctrine du Code sur l'incapacité des fous aux canons 88 § 3 ; 1982 ; 2201 § 2.

Ainsi, le rôle joué par le tribunal de la Rote, s'est-il affirmé aussi bien dans le droit civil que dans le droit canonique dont il a pénétré la pratique, la doctrine et la législation.

De quelle nature était cette influence exercée ? dans quel sens, dans quelle direction se portait l'effort du tribunal romain ? En une matière aussi peu étudiée, on ne peut que signaler quelques tendances bien définies. Il est remarquable, d'abord, car les décisions y insistent fréquemment, que celles-ci adoptent d'une façon générale les sentences rendues par la Curie Romaine, c'est-à-dire en l'espèce, par les Congrégations, surtout la Congrégation du Concile (1).

En outre, le tribunal de la Rote met en relief la nécessité primordiale de rechercher la vérité et d'éviter tous les détours (2) que mettent souvent en œuvre les plaideurs de mauvaises causes afin de faire triompher l'injustice. Ce qu'il faut, avant tout, mettre en lumière, ce sont les raisons fondamentales, c'est la vérité. Pour ce motif, la Rote n'hésite pas à reconnaître les erreurs dans lesquelles elle a pu tomber. Aussi lui arrive-t-il quelquefois de changer d'avis sur certains points particulièrement difficiles. « Rota quandoque rotat », disent les auteurs (3). Pourtant, il ne faut pas, ajoutent-ils, exagérer l'importance de ces changements de jurisprudence. Elle est beaucoup moindre que ne l'a prétendu par exemple Muratori (4).

C'est que la Rote cherche avant tout à faire prévaloir l'équité. La doctrine équitable l'emporte même au cas d'une opinion plus commune en sens contraire (5). Par application de ce principe supérieur d'équité également, elle revoit les jugements qui lui sont présentés, même si déjà ils sont passés en force de chose jugée (6). Elle revoit aussi ses propres jugements, et ne prête aucune attention aux nullités pour vice de forme (7). Ainsi, suivant une jurisprudence constante, le contumax

(1) *S. R. Rotae in comp.* dec. t. IV. p. 472.

(2) P. Farinacci *S. R. Rotae dec. rec.* T. XIX. P. II. dec. 481. n. 10. — Cf. I. B. de Luca. o. c. t. IV. *De emphyt.* disc. 3. n. 8. t. VI. *De dote*, disc. 106. n. 6.

(3) B. Brugi. IX. p. 162.

(4) L. Muratori. p. 53. — B. Brugi. *ib.* p. 178. — Cf. sur Muratori, R. Donati, L. A. *Muratori e la giurisprudenza*.

(5) *S. R. Rotae in comp.* red. t. IV. p. 171.

(6) En voir quelques exemples, Ch. Lefebvre. *La jurisprudence rotale*.

(7) *S. R. Rotae.* dec. rec. t. III. dec. 3. n. 43.

peut faire appel d'une décision dans laquelle il a été condamné, et cela en dépit du droit commun (1). Ceci ne veut pas dire cependant, par application du même principe d'équité, qu'elle ne suit pas la loi rigoureusement, lorsqu'elle le juge plus utile à l'intérêt suprême de l'Eglise et des âmes. Ainsi la jurisprudence est-elle opposée au démembrement des paroisses (2) : les conditions déterminées par le droit doivent être strictement remplies.

Le Souverain Pontife a recommandé même à la Congrégation du Concile de consulter le tribunal de la Rote pour l'établissement de ses décrets (3). Son rôle ne se borne donc pas aux tribunaux inférieurs de la hiérarchie judiciaire. Tribunal suprême de l'Eglise, il était naturel qu'il influence les curies épiscopales. Si les Papes ont voulu qu'il influence aussi les tribunaux et les Offices de la Curie romaine, c'est qu'ils lui ont reconnu une autorité spéciale.

Le rôle ainsi joué par la Rote dans l'évolution du droit canonique est capital, puisqu'il ne cesse de se manifester durant presque tout le cours de son histoire et qu'il met en évidence ce principe essentiel d'équité que Gratien recommandait déjà au moment de la renaissance canonique du XI^{me} siècle. Ce dernier n'est d'ailleurs pas l'apanage exclusif de la Rote : cette caractéristique lui est commune avec les Congrégations Romaines.

L'influence exercée par ces dernières ne fut pas moindre que celle de la Rote qu'elles avaient supplantée dans une certaine mesure. Fondées successivement pendant le cours du XVI^{me} siècle pour prendre la place des commissions pontificales temporaires, elles ont réglé depuis lors, soit par voie administrative, soit par voie judiciaire, toutes les difficultés qui se sont présentées dans la solution des litiges soumis au Saint-Siège (4). Les droits reconnus à ces Congrégations ont été étudiés au chapitre précédent ; reste à examiner dans quelle mesure s'exerce leur autorité. Elle fut de première importance jusqu'à la Constitution « Sapienti consilio » qui leur enleva la solution des cas par voie judiciaire (5). Elles ne règlent plus maintenant, en règle générale, que les difficultés d'ordre administratif.

Nous nous attacherons à dégager leur influence, d'abord d'après les témoignages qui en ont été portés, puis par l'autorité qu'elles ont, en fait, exercé sur la pratique, et sur la législation.

(1) M. Lega. o. c. l. c. dec. XXV. Suspensionis. 31. V. 12, n. 16, p. 310.

(2) Idem. *ib.* XII. Dismembrationis. 4. III. II. n. 6. 167.

(3) S. R. Rotae in comp. red. dec. 8. IV. p. 472.

(4) Nous ne considérons évidemment pas ici les actes d'interprétation authentique qui ne rentrent pas à strictement parler dans le style de la Curie, mais qui ont force de loi et qui sont appelés déclarations ou décrets. Cependant la terminologie n'est pas toujours observée exactement. Cf. F. X. Wernz. *Ius Decretalium*, t. I. p. 152.

(5) C. Bernardini. *Problemi di contenzioso. Acta Congressus iuridici internationalis*. Rome 1934. V. p. 357-432.

L'intérêt considérable qui leur a été reconnu est indéniable ; même si l'on veut faire abstraction des décisions prises par la Congrégation suprême du Saint-Office qui, d'ailleurs, est doctrinale, il suffit pour se rendre compte de son importance de rappeler les centaines de volumes de résolutions de la Congrégation du Concile publiées soit par la Congrégation elle-même, soit par des auteurs privés, de même que par les autres Congrégations des Rites, des Evêques et Réguliers, des Indulgences et de la Propagande.

Leur intérêt a d'ailleurs été souligné par le Pontife Romain lui-même. Il recommande expressément aux tribunaux, même à celui de la Rote, de s'incliner devant leurs décisions, notamment devant celles de la Congrégation du Concile (1). Il ne saurait être question ici des décisions doctrinales pour lesquelles aucune discussion n'est possible. Le Tribunal de la Rote reconnaît lui-même au surplus, s'être incliné maintes fois devant leurs résolutions (2). Toutefois, une raison d'ordre interne vint modérer leur autorité dans les cas semblables. Souvent, en effet, les Congrégations jugent « ex aequo et bono » : elles tiennent compte des circonstances qui entourent les cas qui leur sont soumis (3). Ainsi en fut-il des décisions sur la validité des mariages clandestins contractés par les hérétiques. La Congrégation du Concile s'est prononcée plusieurs fois en faveur de leur nullité. Pourtant Pie VII reconnaît à cette opinion « à peine un degré quelconque de probabilité » (4).

Le rôle joué, en fait, par les Congrégations, est attesté par les nombreuses citations de sa jurisprudence qui sont faites dans leurs propres jugements avant la réforme de Pie X, ou dans ceux du tribunal de la Rote. Celle-ci, aussi bien l'ancienne que l'actuelle, fait grand cas des décisions des Congrégations. Ainsi, celle qui déclare que la condition posée dans le mariage de garder la chasteté rend nul le mariage, si elle exclut le droit mutuel sur le corps du conjoint (5). Telles encore la décision affirmant la validité, quoique l'illicéité, d'un mariage célébré devant le curé ou l'Evêque malgré son interdiction par un supérieur, le Pontife Romain excepté (6), ou celle en faveur de la validité d'une délégation pour assister à un mariage obtenue d'un Evêque par erreur (7) ; de sa nullité, au contraire, au cas d'une délégation faite à un curé étranger par l'Evêque à qui avaient été dissimulés les vrais noms des contractants (8). L'acceptation du prêtre délégué est-elle indispensable à la validité de la délégation ? sur ce point la doctrine est divisée, mais la

(1) *S. R. Rotae decis. in compendium*, t. IV, p. 472.

(2) *Ib.*

(3) DTC, t. III, col. 1107.

(4) DTC, t. III, col. 1107.

(5) Benoît XIV, *Quaest. can. De synodo diocacs.* l. XIII, c. XXII, n. 10 s.

(6) *Idem.* *ib.* c. XXIII, n. 3.

(7) U. Giraldi, II, s. 115.

(8) I. Pignatelli, t. V, cons. 78, n. 8.

jurisprudence de la Congrégation du Concile est, quoique hésitante, favorable à une réponse affirmative (1). D'autres exemples pourraient encore être apportés en grand nombre de l'influence que continue d'exercer l'ancienne jurisprudence.

Pourtant, ces décisions restent sujettes à changement. Les Congrégations admettent en ce qui concerne ces résolutions, qu'étant institution humaine, il peut leur arriver, sur un point de détail particulièrement délicat, de faire erreur ; ainsi s'expliquent parfois les changements de jurisprudence qu'on a pu relever parfois. Fagnani remarque que le cas s'est présenté deux fois seulement pendant qu'il fut en charge (2) ; des exemples se peuvent néanmoins rencontrer, ainsi sur le point de savoir si les Evêques étaient obligés d'envoyer même un procureur au métropolitain suivant le chapitre 2 de la XXIV^{me} session du Concile de Trente.

Quant à l'influence exercée sur la législation, des décisions jurisprudentielles de Congrégations romaines peuvent plus tard faire l'objet de décrets authentiques qui fixent avec plus de force la valeur des réponses données.

Le rôle joué dans la formation de la nouvelle législation n'a pas besoin de démonstration spéciale. Le travail et l'influence des Congrégations apparaît suivant les « fontes » annexées à certaines éditions du Code. Le Cardinal Pierre Gasparri, et S. E. le Cardinal Sérédi après lui, ont entrepris la publication des documents principaux ayant trait aux différents canons du Code (3). Ainsi, l'influence de l'ancienne jurisprudence peut-elle se mesurer aisément. Les canons sont relativement rares pour qui n'est indiquée aucune source.

Ainsi, la Curie Romaine a continué d'exercer ce rôle capital qu'elle avait assumé dès la rédaction du corps des Décrétales : c'est, au fond, à elle plus qu'à aucune autre influence qu'est due la législation canonique. D'elle proviennent les tendances qui lui ont été imprimées. La principale d'entre elles est justement ce sens de l'équité qu'elle a recueilli de l'ancien droit romain et qu'elle a toujours voulu maintenir : n'est-ce pas en lui que consiste la perfection et la précision de la Justice ? (4).

(1) I. d'Annibale. III. n. 64.

(2) P. Fagnanus. In. X. I. 2. *De const.* c. 13. *Quoniam*. n. 56. s.

(3) *Fontes Cod. i. e.* Sept volumes ont paru jusque maintenant, qui rapportent l'influence de la Curie Romaine depuis le vol. IV.

(4) Sur la jurisprudence actuelle de la Rote en matière matrimoniale, cf. L. Mahieu. *Principia et praxis*. — A. Odar. *Sodbe*. — J. Hollsteiner. *Die Spruchpraxis*.

CHAPITRE V

La théorie après le Code

Au canon 20, le Code, pour le cas de suppléance d'une loi, reprend la doctrine qui avait cours au moment de sa promulgation. Nous avons à examiner de quel style parle le Code, puis quelle autorité lui est attribuée, enfin, s'il faut restreindre cette disposition au style de la Curie Romaine ou l'étendre analogiquement à celui d'autres curies.

§ I. — DE QUEL STYLE, FORMEL OU MATÉRIEL, S'AGIT-IL AU CANON 20 ?

Le style de la Curie peut concerner deux objets différents. Il peut avoir trait aux formalités employées dans une Curie dans la préparation, la composition ou la rédaction des décisions qui sont prises, qu'il s'agisse d'une juridiction gracieuse ou contentieuse. Dans ce cas, il s'agit du style formel ou style de droit. Il peut, en second lieu, être appliqué aux décisions elles-mêmes, mesures administratives ou judiciaires, rendues en une certaine matière. Ces décisions supposent en effet une interprétation ou une application des lois à des cas particuliers, soit par les Congrégations, soit par les tribunaux romains.

Il ne saurait s'agir évidemment en matière de suppléance, du style formel ou style de droit, car il concerne exclusivement les formalités requises dans tel tribunal ou tel office. A leur sujet, on peut reprendre la règle : « *Stylus curiae habet vim legis* », quand ses dispositions sont déterminées soit par le Code, par une loi, soit par des règles particulières portées pour chacun d'eux, soit enfin par un droit coutumier. Hormis ces cas, il n'est qu'une observance de fait, et rien ne s'oppose à ce que celle-ci soit modifiée. Mais le style obligatoire ne vaut que pour la curie où il est établi. Toutefois, il s'impose à tous autres pour estimer la validité d'un acte émanant de la curie ou d'une interprétation.

Quelle valeur juridique faut-il donc reconnaître au style dont parle le canon, c'est-à-dire au style matériel ? à quelles conditions cette valeur est-elle admise ?

Cette valeur est bien différente suivant les conditions d'existence de ce style.

On peut faire rentrer, improprement, il est vrai, les rescripts de justice du Pape lui-même dans ce style. Si cet acte est fait avec l'intention de porter une loi et que la promulgation est suffisante, il a force obligatoire dans l'Eglise.

Les décisions judiciaires peuvent ensuite être rendues de telle manière qu'elles entraînent l'existence d'un droit coutumier. Sur ce point, il n'est que de reprendre la théorie en vigueur avant le Code déterminant les conditions auxquelles cet usage peut acquérir force de loi.

Pour les cas où il n'y a ni intervention formelle du législateur ni coutume juridique, le style de la Curie s'impose en vertu du canon 20, sans toutefois qu'il y ait obligation stricte de le suivre (1).

Sans doute, d'une manière générale, les juges feront grand cas de plusieurs sentences rendues uniformément par les tribunaux romains (2). L'autorité morale leur est reconnue à raison de la science et de l'intégrité de leurs membres ; le juge inférieur agira prudemment en faisant pencher en leur faveur, au cas de doute de droit, les fléaux de la justice.

Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation juridique. Pour de graves raisons, chacun peut opiner en faveur d'une thèse différente (3). La tradition de l'ancien droit est indiscutable sur ce point et il est tout naturel qu'elle soit suivie. D'autre part, le style lui-même du tribunal peut varier sur la solution d'une même question (4). De ce fait, les tribunaux romains montrent eux-mêmes qu'ils ne se considèrent pas liés pour l'avenir par leurs propres décisions. A fortiori en est-il ainsi pour tout autre. Ainsi, en ce qui concerne les décisions judiciaires, elles n'emportent pas force légale, sauf celles du Souverain Pontife sous certaines conditions et celles qui ont été consacrées par la coutume. Toute autre peut entraîner formation du style de curie si elle est répétée pendant un certain temps. Ce style de curie doit être suivi à moins de raison sérieuse.

Le problème est d'une solution moins aisée en ce qui concerne les décisions administratives.

(1) Les Tribunaux de la Rote et de la Signature Apostolique n'ont pas le pouvoir d'interpréter authentiquement les lois. Dec. S. C. *Oncilii*, II. 1911.

(2) Cf. la position de F. Génv. *Méthode*, II. p. 44 s. et p. 262 s. — G. Scelle, *Sources formelles*, dans *Mélanges Génv*, III. p. 403. — Sur la situation en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique, J. R. Commons. *Droit et Economie politique*, *Mélanges Génv*, III. p. 137 s. — C. Kamp Allen. *Law in the making*, p. 123.

(3) E. Lambert et sa tendance en faveur d'une jurisprudence créatrice. *La fonction*, t. I. p. 18 s. ; p. 144-173 ; p. 799 s. — Cf. aussi M. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 23. — V. Sauzay, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*, p. 42 s. ; p. 105. — Valette, *Du rôle de la coutume*, p. 88 s. — E.-H. Perreau, *Technique de la Jurisprudence*, I. p. 22 s. — Glasson, *Les sources du droit*, p. 504. — Dans le même sens encore, M. Planiol et Ripert, *Traité*, I. p. 4 s. — M. Nast, *Fonction de la Jurisprudence*, p. 34 s. — G. Cornil, *Autonomie de la jurisprudence*, p. 10. — G. Pacchioni, *I poteri creativi della giurisprudenza*.

(4) Ed. Lambert. *La fonction*, t. I, p. 19, note 1 ; p. 143, note 3.

Lorsqu'elles sont approuvées par le Pape et qu'il s'agit de décrets ou de déclarations formellement ou équivalement générales, il y a constitution d'une loi.

Si elles sont particulières, elles n'ont pas force légale, sauf le cas de volonté formelle du Pape. Cependant l'approbation du Pontife fait qu'elles entraînent plus facilement la formation d'une coutume (1).

Si l'approbation pontificale fait défaut, les solutions sont semblables à celles qui viennent d'être données pour les sentences judiciaires à quelques divergences près.

Notamment les déclarations d'interprétation ont plus d'importance et peuvent plus facilement entraîner la constitution d'un style de la Curie.

Les préceptes, décisions et solutions particulières ne font droit qu'entre les parties, mais peuvent fournir des arguments d'analogie et devenir style de Curie aux conditions énumérées plus haut.

Ainsi, les unes et les autres, les décisions d'ordre administratif, comme les sentences judiciaires, offrent une règle d'action pratiquement sûre. Cette règle serait plus forte encore au cas d'une insertion de l'acte dans les « *Acta Apostolicae Sedis* ».

Il est cependant difficile d'aller plus loin. Aussi, semble-t-il impossible d'admettre l'opinion de Michiels. Suivant cet auteur, une décision unique rendue en Cour de Rome suffirait à constituer un style de Curie (2). La doctrine communément admise exige au moins deux sentences identiques. Cette opinion serait cependant plus aisément admissible dans l'hypothèse d'une décision « magistrale ». En cette hypothèse, en effet, le tribunal semble avoir l'intention arrêtée de continuer à résoudre une question dans le sens indiqué par lui (3).

Ainsi, la valeur des décisions de la Curie varie considérablement suivant les circonstances qui entourent sa formation. Quand il n'y a ni loi, ni coutume, le dernier mot peut toujours rester à celui qui peut apporter en faveur de sa thèse les meilleures raisons. Mais personne ne doit facilement estimer qu'il se trouve en ce cas, si les dicastères romains en ont jugé différemment.

§ II. — LE STYLE DE LA CURIE ROMAINE ET CELUI DES CURIES ÉPISCOPALES

Deux questions peuvent encore être soulevées à ce propos : quelle est la raison de cette autorité reconnue au style de la Curie romaine, et ne faudrait-il pas en admettre une semblable en faveur d'autres curies ?

(1) Sur l'importance de la confirmation pontificale, cf. F. X. Wernz. I. 114.

(2) G. Michiels. *Normae generales*. I. p. 475 sq.

(3) Ainsi la décision 28, n. 3. déc. S. R. Rotae. 1922. v. XIV.

La réponse au premier point ressort implicitement de l'exposé historique. La Curie dont parle le canon 20, comme le disait déjà Ioannes Franciscus de Pavinis, est celle du Pape, le législateur suprême de l'Eglise. Elle agit et traite toutes questions non pas seulement sous ses yeux et en sa présence, mais sur son ordre. De plus, les docteurs choisis pour faire partie de la Curie Romaine y ont été appelés en raison de leur science, de leur prudence et de l'expérience qu'ils ont en matière ecclésiastique. Il convient donc de leur reconnaître une autorité particulière, même indépendamment de toute autre circonstance.

Quant aux décisions rendues dans les curies épiscopales, il faut d'abord observer qu'il n'en est pas question dans ce canon.

S'il s'agit de suppléer au silence d'une loi générale, elles ne sauraient être utilisées qu'à titre purement indicatif. Leurs décisions administratives ne sont pas des interprétations authentiques de la loi générale ; leurs actes judiciaires n'ont pas l'autorité de la Curie Romaine. Les décisions rendues valent donc uniquement en raison des motifs qui sont invoqués à l'appui.

S'il est question de suppléer au silence d'une loi particulière, elles peuvent être utilisées en vertu d'une analogie avec le canon 20. Les raisons de cette solution paraissent en effet identiques, et même plus fortes encore : elles agissent au nom de l'Ordinaire du lieu et pour résoudre les questions litigieuses, l'Ordinaire choisit d'habitude les plus capables.

SECTION II

L'opinion commune des Docteurs

Le style et la pratique de la Curie Romaine ne fournissent pas toujours au juge le point d'appui nécessaire pour résoudre les cas non prévus dans les lois. Aussi, le législateur a-t-il trouvé bon d'indiquer un dernier moyen susceptible d'éviter tout arbitraire dans la sentence rendue : le juge devra tenir compte de l'opinion commune des docteurs. Comment ne pas faire attention, en effet, à la doctrine qui étudie minutieusement les lois (1) et s'efforce d'en dégager toutes les conséquences possibles.

L'enseignement constitue au surplus une part importante des fonctions de l'Eglise (2) : il est, a priori, impossible de ne pas utiliser la doctrine dans l'élaboration des décisions judiciaires. Cette doctrine méritera d'autant plus de considération qu'elle groupera un plus grand nombre d'auteurs, qu'elles les unira tous, au moins moralement, dans une **opinion commune** (3).

Deux questions toutefois se posent alors : qu'est-ce que cette opinion commune et quelles conditions devra-t-elle remplir pour que le juge s'y doive soumettre. La réponse se trouve contenue dans l'ancien droit.

Nous commencerons par exposer la théorie de l'opinion commune dans l'ancien droit, à quoi elle correspond, quelles conditions elle doit remplir et quels effets lui sont attachés. Nous verrons ensuite si l'opinion commune doit toujours être suivie par les juges, ou bien si d'autres autorités n'ont pas une force suffisante pour faire pencher de leur côté la balance de la justice. Mais comme cette théorie n'a pas manqué d'ouvrir le champ libre à de nombreux abus, ceux-ci ont permis d'en noter les défauts, et par suite, de rectifier les erreurs qui ont pu être commises dans son élaboration. Enfin, nous esquisserons une théorie qui prend en considération tant les enseignements du passé que ceux de la raison et de la législation actuelle.

(1) Sur le rôle de la doctrine pour enrichir le contenu du droit par la simplification quantitative du droit, et pour en faciliter la compréhension, voir R. Demogue, *Les notions fondamentales*, p. 225. — Le travail accompli par la doctrine canonique ressort de tout ce qui a été dit plus haut. — Cf. aussi G. Scelle, *Les fondements du droit*, p. 189 ; et Carré de Malberg, *Origines*, p. 197 s.

(2) G. Le Bras, *La doctrine*, dans *Mélanges Gény*, I. p. 69.

(3) G. Phillips, *Du droit ecclésiastique*, p. 392.

CHAPITRE PREMIER

La notion d'opinion commune des Docteurs dans l'ancien droit

L'ancien droit a dégagé des lois romaines ainsi que des textes canoniques les premiers linéaments de sa théorie de l'interprétation doctrinale. L'évolution fut ensuite très lente. Sans doute, déjà les traits principaux apparaissent dans les sources législatives, mais il faut attendre les traités de Nevizani, de Lancelot et de Coras au XVI^me siècle (1) pour en voir fixé définitivement l'ensemble. Les additions qui y furent faites dans la suite n'apportèrent que des modifications de détail à la construction édiflée par les glossateurs et leurs continuateurs.

Nous verrons d'abord la portée du principe qui régit l'interprétation doctrinale : celle-ci ne peut s'imposer. Une exception immédiatement apportée à ce principe en faveur de l'opinion des Docteurs, restreint sa portée. La question de savoir ce qu'est cette opinion commune doit ainsi être résolue ; nous déterminerons à la suite de quelle évolution la notion d'opinion commune finit par se préciser lentement jusqu'au XVI^me siècle.

§ I. — L'AUTORITÉ DE L'INTERPRÉTATION DOCTRINALE

Le principe fondamental de l'interprétation doctrinale est pris aux lois romaines par les glossateurs : l'autorité des docteurs ne peut être que probable. Les *Questiones de iuris subtilitatibus* et la *Summa Codicis* posent ce principe absolu. L'interprétation est nécessaire ou probable suivant qu'il est loisible ou non de la suivre. L'interprétation nécessaire est celle du prince, elle est aussi celle du juge, mais celle-ci seulement entre les parties. L'interprétation des docteurs, par contre, est simplement probable : elle n'offre aucun caractère de certitude, a besoin d'une preuve pour s'imposer et ne tire pas toute sa force d'elle-même, ni de la personne qui la propose. Le texte de la *Summa Codicis* distin-

(1) Voir aussi un important traité de Raewardus. *De auctoritate prudentum*.

que l'interprétation qui oblige et force à agir suivant ses directives (1), et celle qui laisse la liberté : « ainsi en est-il de celle des professeurs qui expliquent les textes ambigus : sans doute, elle peut être admise, à condition d'être conforme à l'équité, néanmoins elle ne contraint personne » (2). Le texte des *Questiones* n'est pas moins clair et donne exactement le même sens (3). Vacarius se contente de poser le principe que l'empereur seul peut interpréter les lois (4).

La Glose et les commentateurs (5) ne firent que reprendre cette doctrine dans leur commentaires de la loi *Si de interpretatione*. 37. *Dig. I. De legibus*. 3. au mot « usa fuit » et de la loi *Inter aequitatem*. 1. *Cod. I. De legibus*. 14. aux mots « iusque » et « solis ». Quant aux canonistes, ils citent la Glose au chapitre *Ad haec*. 1. X. I. *De postul. praclatorum*. 5. au mot « interpretatus ». Le principe admis dans l'ancien droit est donc bien clair : l'autorité doctrinale ne peut s'imposer nécessairement à personne : elle n'a pas force de loi.

Les *Questiones* ne donnent pas de motif et se contentent d'insinuer que l'interprétation doctrinale ne s'impose pas nécessairement, car elle est le fait de docteurs accoutumés à la discuter (6). La raison qu'en donne la *Summa Codicis* est bien simple : cette interprétation pourrait n'être pas équitable ; « elle ne contraint personne, car toute interprétation doit être faite de manière à ne pas s'opposer à l'équité, pour éviter toute absurdité et écarter toute fraude » (7).

Cette interprétation n'avait que la valeur des raisons sur lesquelles elle était fondée. Seule peut s'imposer l'interprétation du prince lui-même ainsi que celle qui est fondée sur la coutume. Elle ne doit pas contenir d'erreur (8). L'interprétation doctrinale, enchevêtrée dans les disputes d'école, ne saurait évidemment jouir du même privilège. Pour s'imposer ne faudrait-il pas qu'elle soit vraie, et comment accorder ce caractère aux interprétations doctrinales toujours si diverses et si différentes les unes des autres ? La première offre des garanties de certitude et de vérité ; la seconde, au contraire, par le fait même des discussions doctrinales, est dépourvue de ces caractères : elle manque donc de cette stabilité, de cette « voluntas perpetua » qui est la caractéristique du droit, et ainsi ne peut prétendre à ce titre, puisqu'elle n'en possède pas les qualités.

(1) *Summa Codicis*. I. 14. 7.

(2) *Summa Codicis*. I. 14. 7.

(3) *Quaest.* III. *De leg. et const.* 2.

(4) Fr. de Zulueta. *The Liber pauperum*. Lib. I. t. 8. *Cod.* I. 14. 3. « imperatori concessum, et ideo tam cognitor quam interpres legum solus imperator iuste aestimabitur ».

(5) G. de Cugno à la loi *Non possunt*. Il distingue de la façon suivante : *Dubium est quando loquitur de interpretatione, an loquitur de illa quae est scripta in lege vel de illa que per iudicem habetur.* (Man. Vienne, f° 66 r.).

(6) Voir note 1.

(7) I. 14. 7.

(8) *Quaest. de iuris subt.* III. *De leg. et const.* 2.

Il peut se faire cependant que les docteurs partagent un même avis, aient une même opinion, soient d'accord pour admettre un même principe. Il y a alors opinion commune des docteurs. En quoi consiste-t-elle et quelle est sa valeur ?

Le meilleur moyen de répondre à cette question est d'étudier comment s'est constituée la théorie, et quelle fut son évolution. Nous étudierons donc le développement de cette notion du XI^{me} au XVI^{me} siècle, date à laquelle ont été données plusieurs définitions. Elles en indiquent les caractères principaux et permettent de donner la raison de l'importance acquise par l'opinion commune des auteurs en matière d'interprétation juridique.

Une double constatation ressort des textes tant législatifs que doctrinaux : d'une part, une certaine autorité fut toujours reconnue à l'opinion soutenue par plusieurs auteurs ; d'autre part, l'expression « opinio communis » a désigné d'abord le sentiment commun de la multitude et ne se trouve exclusivement employée pour caractériser l'avis commun des docteurs qu'au XV^{me} siècle, après Balde. Plus tard, les effets juridiques attribués à l'institution que les glossateurs appelaient opinion commune, furent reconnus à l'opinion commune des docteurs.

Ainsi, dès les origines, on constate un courant très net : d'une part, l'opinion commune veut dire commune renommée, avis commun, ce qui n'est pas sans entraîner des conséquences prévues dans les lois romaines ; d'un autre côté, la majorité des auteurs emporte une certaine obligation pour les juges. A partir du XIII^{me} siècle, l'« opinio communis » commence à désigner la majorité des auteurs et lui fait produire des effets juridiques. Nous verrons sur ce point successivement les décisions des textes législatifs, puis la pensée des glossateurs, celle des décrétalistes à partir de l'Hostiensis qui commence à entendre le terme d'« opinio communis » au sens actuel, enfin les commentateurs qui font prévaloir cette signification sur celle de sentiment commun du peuple.

§ II. — L'OPINION COMMUNE DANS LES TEXTES LÉGISLATIFS

L'expression d'« opinio communis » ne se retrouve à notre connaissance ni dans les lois romaines, ni dans les textes recueillis par Gratien. Par contre, certains fragments tant légaux que canoniques mentionnent l'influence admise au profit de l'opinion d'un certain nombre d'auteurs. Ainsi, la loi *Origō*. 1. Dig. I. *De off. questoris*. 13. parle d'une opinion fréquemment soutenue par les anciens (1). La loi *Deo*

(1) « ...Et sane crebrior apud veteres opinio est Tullum Hostilium primum in rem publicam induxisse quaestores ». Ce texte était allégué par les juristes qui ne prenaient pas garde à la question de fait seule en jeu.

auctore 1. Cod. I. *De vet. iure enucleando*, déclare qu'il ne faut pas se laisser entraîner dans l'interprétation par la multitude des auteurs (1). Le premier livre des *Institutes* (2) au paragraphe 8 du titre I énonce que le juge ne peut s'écarter de l'opinion de tous ceux à qui l'Empereur avait conféré le *ius respondendi*.

Le Décret contient un peu plus de textes afférant à l'autorité doctrinale. Cela tient sans doute à la nature de l'Eglise chez qui les docteurs et l'enseignement traditionnel tiennent une si grande place (3). Le canon *Isidorus*. 4. Dist. XVI. déclare expressément préférer les « *Canones Apostolorum* » aux Conciles, quoique certains les tiennent pour apocryphes, parce que la plupart (4) les reconnaissent (5).

Au canon *In canonicis*. 6. Dist. XIX, extrait du « *De doctrina christiana* », Saint Augustin, appliquant la loi de la majorité fait prévaloir les écrits canoniques admis par toutes les Eglises sur ceux que certaines seulement reconnaissent ; il en fait autant pour les textes que les Eglises les plus célèbres admettent, par rapport aux écrits que les communautés chrétiennes de moindre importance ont conservés (6).

Le canon *De induciis*. 2. C. III. q. 3. est un fragment d'une lettre du Pape Félix II aux chrétiens d'Egypte sur les délais à accorder aux accusés pour préparer leur défense. Trois opinions sont successivement énoncées : l'une accordant un an et demi, une autre un an et la troisième six mois. Le Pape note à propos de la seconde que tel est l'avis de la majorité (7).

D'autres textes donnent des solutions semblables, notamment les canons *De quibus*. 3. Dist. XX. (8), *Episcopum*. 3. Dist. 65. (9), et *Quidam*. XC. Dist. I. *De Poen* (10). Le canon *Domino Sancto*. 28. Dist. I.,

(1) « ...Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est iudicatote, cum possit unus forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare ».

(2) *Institutiones*. I. 3. § 8. *Responsa prudentum*. — Les *Institutes* de Gaius (ib. § 7) sont plus précises : *Quorum omnium, si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet*. — Ce texte n'est pourtant pas rappelé, à notre connaissance du moins, par les théoriciens.

(3) Cf. p. 281. note 2.

(4) Freund. *Dictionnaire latin*. Au mot *multus*. Plus. B. Au pluriel. 1° Comparativement ; plus, en plus grand nombre.

(5) *Ib.* quoniam plures eos recipiunt.

(6) « ...Tenebit igitur hunc modum in scripturis canonicis, ut eas quae ab omnibus recipiuntur Ecclesiis, praeponat eis, quas quaedam non accipiunt. In eis vero quae non accipiuntur ab omnibus, praeponat eas quas plures graviore quae accipiunt, eis, quas pauciores minorisque auctoritatis Ecclesiae tenent ».

(7) « ...Quidam autem annum, in quo plurimi concordant ».

(8) « ...Facilius namque invenitur quod a pluribus senioribus quaeritur ».

(9) « ...Qui adesse non possunt propriis litteris consensum suum de ipso designet et tunc demum post plurimorum sive per praesentiam, sive per litteras consensum sententia consona ordinetur ». Ce chapitre est relatif à l'élection et à l'ordination des Evêques. Il fut néanmoins retenu et appliqué à l'interprétation doctrinale.

(10) « ...Quidam vero sacerdotibus confitenda esse (peccata) percensent ut tota fere sancta Ecclesia... ».

par contre, à propos de l'importance des Conciles, fait prévaloir ou le plus ancien ou celui dont l'autorité est la plus grande (1).

Les textes législatifs sont donc d'accord, dès l'origine, pour attribuer une influence prépondérante à l'opinion de la majorité, compte tenu de l'autorité plus ou moins grande qui peut s'attacher à certains avis. Ils n'en précisent toutefois ni les effets juridiques, ni les conditions qu'elle doit remplir, ni enfin les raisons pour lesquelles il faut s'y tenir.

§ III. — GLOSSATEURS, DÉCRÉTISTES, ET GLOSSATEURS DES « COMPILATIONES ANTIQUAE »

Les « Quaestiones de iuris subtilitatibus » ne connaissent pas l'opinion commune, et ne paraissent même pas soupçonner sa possibilité, pas plus d'ailleurs que la *Summa Codicis*. Seul un membre de phrase des *Questiones* semble faire une allusion, ou, au moins, poser un principe qui, plus tard, sera appliqué dans cette théorie : « Ce que nous appelons droit, dit l'auteur des *Questiones*, fut équitable avant que d'être imposé ; ceci est évident tant pour le droit civil que pour le droit des gens. La raison en est que ce qui convient a été approuvé par le consentement général et ne pouvait d'ailleurs être approuvé que s'il existait auparavant » (2). A part l'allusion contenue dans ce consentement, qu'au surplus le contexte indique comme devant se rapporter à l'ensemble des citoyens, aucun mot n'a trait à l'opinion commune des docteurs, ou à quelque chose d'approchant.

Les *dicta Gratiani* ne touchent pas plus sur ce point (3).

Rufinus, par contre, allie les termes *communis opinio* et *aestimatio*. Il ne paraît pas leur attacher un sens juridique. Dans la glose du c. *Quod vero laici* de la c. II. q. 7. il parle de personnes appartenant au peuple (4) ; de même dans le c. *Ab accusato* de la C. III. q. 3., il oppose au commun des fidèles les personnes élevées en dignité ou qui exercent une autorité (5).

Huguccio, dans son commentaire sur le Décret, fait quelques réflexions d'une portée indéniable. Au canon *In canonicis*. 6. Dist. XIX. il déclare qu'il vaut mieux tenir l'opinion que la majorité approuve (6) ;

(1) « ...Quotiescunque in gestis Conciliorum discors sententia invenitur, illius Concilii magis teneatur sententia cuius aut antiquior aut potior extat auctoritas ».

(2) *Quaest. de iuris subt. De iustitia et iure*. 2.

(3) Sauf peut-être au début de la distinction XX. Gratien y indique le fondement de l'autorité doctrinale : « quo enim quisque magis ratione nititur, eo maioris auctoritatis eius verba esse videntur ». Il en fait l'application aux commentateurs de la Sainte Ecriture et aux décisions pontificales sur ce point.

(4) H. Singer. *Summa Rufini*. — *Ib* alii communi vita et opinione... degunt.

(5) *Id. ib.* utrum sit communis status et aestimationis.

(6) « ...Quod illud potius teneatur quod a pluribus approbatur et corroboratur. Ar. di. XVI. *Isidorus*. et di. LXVII. *plebi* et di. LXXV. *sanc* ».

et plus loin, il fait remarquer que l'autorité n'est pas seulement fonction du nombre des auteurs, mais aussi de leur qualité (1). Il est moins explicite au canon *De quibus*. 3. Dist. XX : ce texte, dit-il, ordonne de réunir les anciens, si le cas n'est pas tranché : tous ensemble doivent prier Dieu pour décider avec l'aide de la divinité : l'autorité dit en effet qu'il est impossible que la prière ne soit pas exaucée (2).

Ioannes Bassianus (3) commente dans une glose : à condition que le mineur ait été lésé. Il ajoute : à ce sujet, il y a une opinion commune. Cependant il nous fut impossible d'en trouver, fut-ce une seule mention, dans aucune autre des gloses éditées. Bien plus, chaque fois que les *Dissensiones dominorum* font mention d'une communauté d'opinions sur un point quelconque, elles disent simplement : Omnes ou Fere omnes (4).

Le premier texte d'un canoniste mentionnant l'*opinio communis* est, à notre connaissance, une glose de Gilbert au chapitre « *Cum non ab homine* » de sa Compilation (5). Il signale au mot *absolverunt* : « *Haec est communis opinio theologorum* ».

Magister Albertus disait cependant dans une glose du c. 17 de la Compilatio II^a au titre III : il y a ici un argument d'après lequel il faut suivre les doctrines des auteurs comme le droit, quand elles ne sont pas contraires au droit. Nous n'avons trouvé nulle part une pensée identique. D'ailleurs le glossateur ne précise pas s'il s'agit ou non d'opinions soutenues par plusieurs docteurs (6).

La Grande Glose aussi connaît l'expression « *opinio communis* ». Il s'en faut pourtant qu'elle l'emploie au sens actuel.

(1) F^o 18v. v^o *aequalis auctoritatis* : « *aequalis enim auctoritatis sunt si aequali ratione innitantur, alias non, et est argumentum quod testimonia debent aequalia esse : si ex una parte parva et graves, ex alia plures et minoris auctoritatis testes inducuntur* ».

(2) Ib. folio 19v. v^o *seniores* : *iubentur congregari si industria eorum negotium non poterit decidi, saltem unanimiter fuis precibus ad Deum divina revelatione decidatur. Quod a pluribus dicitur : dicit enim auctoritas impossibile preces multorum non exaudiri.*

(3) E. Seckel. *Distinctiones glossatorum*. — Dans les *Festschrift v. Marwitz*. p. 394 (82). Si minor lacus est. Insuper communis opinio. — Ohne Sigle. Darin Io. Ba. — Noter cependant qu'il n'y a pas de sigle. Ne serait-ce pas une addition postérieure ?

(4) G. Haenel. *Dissensiones dominorum*. Vet. coll. §§ 64-82. ; Rogerius. *De dissensionibus dominorum*. §§ 6, 12, 41, 42, 86 ; Codicis Christiani collectio. §§ 3, 8, 141, 143 ; Hugolinus. *Dissensiones dominorum*. §§ 55, 93, 330 ; Adcessio. II. §§ 8, 13, 21.

(5) J. F. v. Schulte. *Die Compilationen Gilberts und Alanus*. — Ce chapitre *Cum non ab homine*. 3. de la Compilation de Gilbert fut en partie inséré dans les X. V. 39. *De sententia excommunicationis*. c. 14. Pourrait-on déduire de là que l'expression est passée du vocabulaire théologique au vocabulaire canonique ? Il ne le semble pas. Au début du XIII^e siècle, le Prévostin qui a, pour ainsi dire, codifié la doctrine théologique de l'Université de Paris, n'en souffle mot. Il répète toujours : *Ad praedicta consueverunt magistri nostri respondere ; magistri nostri dicunt...* L'expression *opinio* ou *sententia* ou *doctrina communis* ne se retrouve pas sous sa plume. — Cf. M. Grabmann. *Die Geschichte des scholastischen Methode*. t. II, p. 563.

(6) F. Gillmann. *Magister Albertus*. Ad. Comp. II. III. 17. *De decimis*. c. 1. *Decimam. v. arbitrio maiorum*. Ar. quod magistralibus doctrinis adhaerendum est tanquam iuri, ubi iuri non repugnant.

La loi *Illud*. 5. Dig. V. *Si pars haered. pet.* 4. déclare que si une mère n'est pas enceinte, quoiqu'on la tienne pour telle, le fils qu'elle est censée attendre est néanmoins héritier pour l'hérédité entière et, en conséquence, exclut tout autre. La glose interprète au mot « existimatur » : c'est-à-dire par la plupart (1) ; il faut ainsi réunir trois conditions pour qu'il y ait addition d'hérédité : qu'il y ait sur ce point opinion commune, que tel soit l'avis de l'héritier et telle est la vérité (2). L'opinion commune dont il est question dans ce passage ne concerne évidemment pas la doctrine des auteurs qui n'est pas mentionnée dans le contexte, il est le sentiment général de la foule. La glose spécifie qu'elle ne doit pas nécessairement être unanime, il suffit que plusieurs la tiennent.

La loi *Contra*. Cod. II. *Si adv. usucapionem*. 36. concerne le privilège de la *restitutio in integrum* assuré aux mineurs contre un tiers qui aurait acquis par usucapion à leur détriment. La glose commente au mot « usucapione » ; l'opinion disait de lui qu'il était pupille (3). La glose marginale ajoute au mot « opinio » l'adjectif « communis » (4).

La loi *Cum quidam*. 30. Dig. XXIX. *De acquirend. vel amitt. haered.* 2. résout un cas identique à celui de la loi *Illud* : l'héritier le plus proche ne peut faire addition d'hérédité quand la mère est enceinte ou qu'on la tient pour telle. La glose du mot « putatur » précise : suivant l'opinion commune (5) ; et aux mots « sed si scit » : suivant l'opinion d'un certain nombre qui peut en avoir connaissance (6). La glose marginale ajoute : ce nombre est la majorité (7).

Ces cas regardent uniquement la créance qu'il faut accorder au sentiment commun du public. La Glose semble donc, à notre connaissance du moins, n'employer l'expression « opinio communis » qu'à propos de l'autorité à donner à l'avis général de la foule : il s'agit purement et simplement en toutes ces hypothèses de ce que nous appelons actuellement la commune renommée, la notoriété du fait.

La glose du Décret ne se montre guère plus riche au sujet de l'expression « opinio communis » : elle ne la mentionne pas, autant qu'il nous fut permis d'en juger.

Elle présente cependant les traits principaux de cette théorie d'une

(1) Gl. v^o *existimatur* : a multis, quia ipsa hoc dicat ; vel obstetricis, ut i. *adq. haer.* l. *cum quidam*. § *quod dicitur si putatur*. (Dig. XXIX. 2. 30. § 3).

(2) Gl. v^o *filium*. Et nota quod tria sunt necessaria ut proximus postumo succedat sc. quod communis sit opinio, et quod sua et quod sit verum.

(3) Gl. v^o *usucapione*... Dic quoad opinionem erat pupillus.

(4) Gl. v^o *opinionem*. Opinionis communis effectus.

(5) Gl. v^o *putatur* : communi opinione.

(6) Gl. v^o *sed si scit* : multorum opinione qui hoc scire possunt et haec scientia cum veritate concordat.

(7) Gl. v^o *multorum* : Communis opinio ut dicatur sufficit eius opinionis esse esse qui factum de quo agitur verisimiliter sciunt, ut sunt hic, obstetricis et familiares, alibi iurisconsulti. — La glose marginale qui fait cette réflexion est de date certainement postérieure à la Grande Glose. La mention ici faite des juristes paraît montrer le lien qui existe entre les deux théories.

manière assez achevée. Au canon *Episcopum*. 3. Dist. LXV, elle dit en termes formels au mot « plurimorum » : la règle est de suivre l'avis de la majorité (1). Huguccio, on s'en souvient, était loin d'être aussi affirmatif : « il vaut mieux », disait-il.

La glose du dernier canon Dist. I. *De Poen.* répète aux mots « tota fere Ecclesia » : il faut donc l'admettre, puisque cet avis est approuvé par la plupart (2). Au canon *In canonicis*. 6. Dist. XIX, la glose semble cependant mettre une sourdine : ce que la majorité accepte a plus grande autorité que ce qui est admis par la minorité (3).

Au canon *De quibus*. 3. Dist. XX. est même donnée la raison de cette préférence : les meilleurs scrutent mieux la vérité (4). Puis, sont reproduites les réflexions d'Huguccio sur le fondement de l'autorité des docteurs : il faut considérer, non seulement le nombre, mais la qualité des personnes. Ne procède-t-on pas ainsi en matière de témoignages ?

§ IV. — LES DÉCRÉTALISTES

Innocent IV parle en long et en large de l'« opinio communis » dans le commentaire sur la Décrétale « Veniens », insérée plus tard dans le Sexte au titre *De verborum significatione* (VI. V. 12. 1). Dans cette Constitution, le Pape donne notamment la définition d'un lieu désert : lieu inhabité complètement et inculte ou bien occupé par les Sarrazins depuis un temps immémorial. A propos du mot « memoria », le Pape pose le cas suivant : un monastère a le privilège de percevoir la dime sur les récoltes des champs nouvellement mis en culture ; il objecte : un quasi-possesseur existe. Que doit prouver le témoin du monastère ? le fait que ce champ a récemment été mis en culture. Innocent précise qu'il faut, à cet effet, se baser sur l'opinion commune des habitants (5). L'opinion commune, ajoute-t-il, est une croyance commune, une persuasion qui postule, par conséquent, une raison déterminée, car l'homme n'est pas aisément porté à croire sans aucun fondement (6). Il ne s'agit certes pas ici des docteurs : le Pape reprend simplement l'expression de la Grande Glose.

(1) Gl. ib. v° *plurimorum*. La glose ajoute ensuite les seules exceptions qui soient apportées à cette règle générale. Sans doute, le chapitre ainsi glosé ne concerne pas l'autorité doctrinale, il n'en reste pas moins l'affirmation du principe général qui vaut aussi pour la doctrine, puisque celle-ci ne figure point parmi les nombreuses exceptions.

(2) Gl. v° *tota fere sancta Ecclesia*.

(3) Gl. v° *praeponat...*

(4) Gl. ib. v° *pluribus*.

(5) Innocent IV. *Apparatus*. In X. V. 39. *De verb. sig. c. Veniens*. 16. v° *Memo-*
rian.

(6) Innocent IV. *Ib.*

Il semble ainsi que jusqu'à la seconde moitié du XIII^{me} siècle au moins, l'expression « *opinio communis* » exprime le plus souvent le sentiment commun de la multitude. Il faut noter que cet avis général, cette commune renommée n'était pas sans produire des effets juridiques. La preuve une fois faite de l'opinion commune, c'était à la partie adverse que revenait l'obligation de se décharger, comme Innocent le déclare dans le passage mentionné plus haut (1). C'était une application de la loi *Barbarius*. 3. Dig. I. *De off. praet.* 14. que les glossateurs interprètent en faveur de l'erreur commune (2).

La glose des Décrétales ne parle pas d'« *opinio communis* » aux chapitres *Canonum* 1. et *Ne irritatis*. 4. X. I. *De const.* 2. Au chapitre *Novimus*. 27. X. V. *De verb. sig.* 39. elle se contente de rappeler d'un mot l'autorité qui s'attache à l'affirmation identique d'un certain nombre d'auteurs : malgré l'opinion admise par ceux-ci, dit-elle (3).

Elle fait ensuite mention de l'opinion commune des docteurs aux mots « *iure minoris* » du c. 1. *Requisivit*. X. I. 4. *De in integrum restitutione*. Il s'agit de l'interprétation à donner à « *semper* » : faut-il l'entendre dans le sens que l'Eglise jouit du droit des mineurs sans aucune limitation de temps ou sans aucune restriction quant au contrat. L'opinion commune se prononce en faveur de cette dernière solution (4).

Au mot « *minora* » du chapitre 4. *At si clerici*. X. II. 1. *De iudiciis*, la glose mentionne que l'opinion plus commune se prononce en faveur du pouvoir du dispenser reconnu aux Evêques quand il est question d'adultères ou d'autres crimes moins graves (5).

Au chapitre 8. *Si vero* X. II. 24. *De iurciurando v. proprium iuramentum*, elle note que le serment prêté par crainte oblige suivant l'opinion la plus commune et la plus vraie (6).

Enfin, Bernard de Parme oppose l'opinion commune des juristes à celle des canonistes au mot « *legitimam* » du chapitre *Raynatus*. 16. X. III. *De testamentis*. 16 (7).

Dans quatre autres cas (8), l'*opinio communis* désigne la pensée

(1) Innocent IV. ib. V. 40. *De verb. sig.* c. *Veniens*. v^o *memoriam*.

(2) Dig. I. 14. *De off. praet.* l. 3. *Barbarius*. Et la Glose ajoute : *hic autem est magis sc. communis error qui facit ius*.

(3) Gl. ib. v^o *a pluribus*. La question posée à Innocent III était de savoir si un clerc dégradé devait être livré au bras séculier par les tribunaux ecclésiastiques eux-mêmes ou si les tribunaux civils ne pourraient connaître de cette cause qu'à la suite de la levée de l'immunité cléricale.

(4) ...Et haec communis opinio. Alii dixerunt...

(5) ...Alia est magis communis opinio quod episcopi...

(6) ...Communis est opinio et verior quod...

(7) ...Haec est communis opinio doctorum legum, sed magis aequa videtur opinio canonica. — Une allusion est faite en outre c. *Cum in*. 44. X. II. *De testibus*. 20. v. *cum...* *communis sic*.

(8) C. 13. *Sciscitatus es*. X. I. *De rescriptis*. 3. v. *servum*. — C. 24. *Ad probandum*. X. II. *De appellationibus*. 28. v. *dubium*. — C. 11. *Pervenit*. X. IV. *Qui filii sint legitimi*. 17. v. *si est ista*.

du public. Dans aucun cas il n'est question d'effets, quels qu'ils soient, à reconnaître à l'opinion commune des docteurs.

L'Hostiensis emploie « opinio communis » pour désigner l'opinion commune des docteurs. A la fin du chapitre *Canonum*. 1. (X. I. *De const.* 2), il déclare au mot « suo sensu » que l'opinion commune doit toujours être suivie, à moins qu'elle ne soit absurde ou qu'une raison valable puisse lui être opposée (1). Ce texte, à première vue, du moins, ne paraît guère plus clair que les textes d'Innocent IV ou de la Grande Glose. Mais les arguments apportés par l'Hostiensis à l'appui de son affirmation prouvent qu'à coup sûr il entend parler d'une doctrine commune. Il allègue en premier lieu le Chapitre *Capellanus*. 4. X. II. *De feriis*. 9. Dans ce chapitre, le Pape Clément III doit trancher un conflit d'opinions : il s'agit de savoir comment entendre les trois semaines précédant la fête de Saint Jean-Baptiste pendant lesquelles il était interdit de célébrer les mariages, suivant le canon *Non oportet*. C. XXXIII. q. 4. D'aucuns les prenaient au sens strict ; d'autres, par contre, les comptaient depuis les Rogations jusqu'au premier dimanche après la Pentecôte, en se fondant sur l'honneur dû à cette grande fête et sur la coïncidence existant généralement à cette époque, c'est-à-dire au XIII^{me} siècle, entre la Pentecôte et le temps précédant immédiatement la fête du Précurseur (2). Il s'agit donc de toute évidence, d'un conflit d'ordre doctrinal.

L'Hostiensis continue cependant à entendre par « communis opinio » la commune renommée. Il allègue en effet également à ce même chapitre *Canonum* le chapitre *Inquisitionis*. 21. X. IV. *De accusationibus*. I. Le Pape Innocent IV déclare dans le passage cité que l'on ne peut recourir à la procédure d'inquisition sur les dires de quelques individus, mais seulement au cas de notoriété.

L'Hostiensis emploie donc « opinio communis » pour qualifier tant le sentiment commun des docteurs que l'avis de la multitude. Le départ entre ces deux significations est loin d'être chose faite à cette époque.

Peu après, le Spéculateur parle de l'opinion commune en lui donnant toujours le même sens que la Grande Glose et Innocent IV, dans deux fragments du *Speculum* : dans le *De probationibus* (3) et l'autre dans le *De notorio crimine* (4).

Guy de Baysio ne semble pas, autant du moins que nous avons pu

(1) Hostiensis. *Lectura*. *Ib.* Verum communis opinio semper sequenda est nisi notorie maledicat vel rationabiliter convincatur ; et hoc bonus iudex et acutissimi ingenii aestimabit. *de fer. capellanus*. (X. II. 9. 4.) *de appel. cum cessante* (X. II. 28. 40), *de accus. inquisitionis* (X. V. 1. 21), *nam vac soli. ut de sta. mo. monachi*. (X. III. 35. 2).

(2) La réforme du calendrier Julien n'étant pas faite, l'année solaire se trouvait en avance d'une semaine environ sur l'année légale.

(3) Guillelmus Durandus. *Speculum*. II. 2. *de probationibus*. n. 28. Communis opinio idem es quod credulitas. — La dépendance d'Innocent IV est manifeste, comme le prouve surabondamment le contexte. Voir note

(4) Idem. *Ib.* III. I. § *sequitur*. 3.

nous en rendre compte, employer l'expression « *opinio communis* » ni dans le *Rosarium Decreti*, ni dans son commentaire sur le Sexte.

Chez Jean d'André se retrouve la même dualité que dans l'*Hos-tiensis*. Au chapitre *Canonum*, il parle certainement de l'opinion commune des docteurs (1), puisqu'il cite le chapitre *Capellanus*. 4. X. II. *De feriis*. 9. où il est question, à n'en pas douter, d'une discussion d'ordre doctrinal. On retrouve encore sous sa plume cette expression dans deux passages des *Mercuriales* aux règles *Cum qui*. 14. et *Mora*. 25. Il semble bien qu'elle ait ici le sens de commune renommée (2).

Ainsi, chez les Décrétalistes, l'*opinio communis* désigne tant l'avis commun des docteurs que celui de la multitude.

§ V. — LES COMMENTATEURS

Au XIV^{me} siècle, par contre, l'évolution tend à réserver cette appellation à la doctrine.

Bartole emploie encore « *opinio communis* » pour désigner et l'avis général de la doctrine et le consentement unanime du peuple. Il traite ce dernier point avec beaucoup d'ampleur dans son commentaire à la loi *De minore* du Digeste (3). Il restreint par contre le sens de cette expression en d'autres passages quand il lui arrive de citer l'opinion commune de la doctrine ; ainsi, au commentaire de la loi *Si constante* du Digeste quand il s'agit d'admettre la constitution d'une dot en faveur d'étrangers à la famille (4).

Il en est encore ainsi pour Balde. Il traite assez longuement de l'opinion commune des docteurs dans son commentaire au chapitre *Canonum* des Décrétales (5). Mais il connaît encore l'autre sens d'« *opinio communis* », par exemple à l'occasion de la loi sur les testaments dans le Code : un témoin que l'opinion commune tient pour libre, quoiqu'il fut serf, peut être cependant admis (6).

Zabarella (7) emploie également l'expression « *opinio communis* » au sens de commune renommée.

(1) Ioannes Andreae. In X. *Ib.* n. 26. Il transcrit purement et simplement le texte de l'*Hostiensis*.

(2) Ioannes Andreae. *Mercuriales*. In reg. *Mora*. 25. n. 13. — In reg. *Cum qui*. 14. n. 7.

(3) Bartolus. In *Digestum*. Dig. XLVIII. 18. *De quaestionibus*. l. 10. *De minore*. — Bartole étudie ensuite les éléments de cette *communis opinio*, éléments qui seront ensuite repris par Coras pour la théorie de l'opinion commune des docteurs.

(4) Bartolus. *Ib.* Dig. XXIV. 3. *Solutio*. l. 24 (25) *Si constante*. n. 35.

(5) Baldus. In X. I. 2. *De const.* l. *Canonum*. n. 34. — *Ib.* c. 5. *Ne innitatis*. n. 18.

(6) Baldus. In *Cod.* VI. 23. *De testam.* l. 1. *Testes*. n. 2.

(7) Zabarella. In X. V. 40. *De verborum significatione*. n. 2. s.

Avec Antonius de Butrio (1) l'emporte désormais le sens d'opinion commune des docteurs.

Avec le Panormitan, l'importance de la théorie de l'opinion commune croît encore : il suffit de s'en rapporter au commentaire du chapitre *Canonum* dans lequel la théorie se trouve assez longuement développée (2). Toutefois le Panormitan admet encore que « communis opinio » peut aussi signifier commune renommée. Il s'exprime de façon dépourvue de toute équivoque au premier chapitre *Veniens* dans le *De testibus* (3).

Avec Felinus Sandaeus la première place revient sans conteste à l'opinion commune des docteurs dont il traite très longuement (4).

Le Praepositus (5) met en relief l'opinion commune de la doctrine, ainsi que la présomption qui s'y trouve attachée.

De même Jason qui insiste sur les conditions à remplir pour qu'il y ait opinion commune (6).

Decius (7) donne exclusivement le sens d'opinion commune des docteurs à l'expression « opinio communis ».

La définition que Mare Salomon donne de l'opinion commune exclut définitivement le sens primitif de commune renommée. Dans son commentaire aux Institutes, au paragraphe « responsa prudentum », il dit de l'opinion commune qu'elle est un avis donné au sujet d'un droit controversé par tous les docteurs ou les plus capables d'entre eux (8). Cette définition est admise par Nevizani dans le cinquième livre de son traité sur le mariage intitulé *Sylva nuptialis* (9).

Lancelot, par contre, n'admet pas que les plus savants puissent seuls constituer une opinion commune. Il suffit qu'un avis soit partagé par la plupart des auteurs, dit-il ; mais la majorité lui paraît requise (10).

Coras, en approuvant l'avis de son maître, fait remarquer qu'une opinion commune n'a pas nécessairement trait à un point de droit controversé. Pour lui, même s'il s'agit de l'interprétation d'une loi claire, l'opinion commune des docteurs pourra toujours s'imposer (11).

(1) Ant. de Butrio. In X. IV. *De sponsalibus et matr.* l. c. 7. *Ex litteris.* n. 2. — In X. IIII. *De decimis.* 30. c. 1. *Decimam.* n. 3.

(2) Panormitanus. In X. I. 2. *De const. Canonum.* n. 15.

(3) Panormitanus. Ib. II. 20. *De testibus.* 10. *Veniens.* n. 8.

(4) Felinus Sandaeus. In X. I. 2. *De const.* l. *Canonum.* n. 54 s.

(5) Praepositus. In *Decretum commentaria.* In D. II. c. 5. *Responsa.*

(6) Iaso Mayno. In Cod. III. 28. *De inofficioso testamento.* Auth. *Novissima.* n. 22. — Ib. I. 2. *De sacrosanctis ecclesiis.* Auth. *Si qua mulier.* n. 12. — Cf. in Dig. XLI. 3. *De usucapionibus.* l. 15. *Si is qui.* n. 291. — Ib. XXXII. *De legatis.* 3. l. 89. *De coniuncti.* n. 99.

(7) Ph. Decius. V. In c. 1. *Canonum. lect.* 1. X. I. 2. *De constitution.* n. 93. — In c. 21. *Prudentiam.* X. I. *De off. et pot. del.* 29. n. 12 s.

(8) A. M. Coras. *De communi opinione.* Quid sit communis opinio. n. 1. Est probata sententia de iure non aperto ab omnibus vel a peritioribus.

(9) Cité par le même. *ib.* n. 3.

(10) Coras. *Ib.* n. 6.

(11) Coras. *Ib.* n. 17.

Le traité de Coras met le point final à l'évolution de la notion d'opinion commune. Ainsi a été bien mis en relief l'importance toujours attribuée à une doctrine suivie par la majorité des auteurs. En outre, depuis cette époque, on entend exclusivement par « opinion commune » l'avis exprimé par plusieurs docteurs sur un point de droit (1). « *Opinio communis* » avait d'abord signifié commune renommée et son sens propre avait été ainsi peu à peu restreint à l'opinion commune des docteurs.

(1) Laymann et Pirhing n'en font plus mention si ce n'est pour désigner l'opinion commune des docteurs. Reiffenstuel (t. III, p. 41, n. 38) l'emploie dans la définition de la « fama » qu'il a tirée de Bartole, puis au n. 392 dans une circonstance analogue : *ex communi opinione ad quos spectat scire*. Mais on ne trouve plus comme auparavant : *fama seu communis opinio*. L'évolution est terminée : un sens précis a été désormais attribué à l'expression « *communis opinio* ».

CHAPITRE II

Les conditions à remplir par l'opinion commune.

Ses effets juridiques

Un point, et de grande importance, restait cependant à élucider. C'était bien de reconnaître l'existence d'une opinion commune des Docteurs susceptible de produire des effets juridiques, encore fallait-il préciser à quelles conditions ceux-ci la sanctionnaient. La doctrine admettait que l'assentiment de plusieurs docteurs sur un point de droit était requis. Mais, qu'entendre au juste par « plusieurs » docteurs ? Suffisait-il que deux ou trois soient d'accord ? irait-on, au contraire, jusqu'à exiger l'unanimité ? tel était le problème auquel il fallait donner une solution.

Le seul moyen de le résoudre était de préciser le fondement de cette institution. Celui-ci une fois déterminé, il était plus facile de découvrir les conditions (surtout celles se rapportant au nombre ou à l'autorité des docteurs) que devrait remplir l'opinion commune pour avoir des conséquences juridiques. Le principal but de Coras en rédigeant son traité sur l'opinion commune fut de répondre à ces questions.

Nous rechercherons quel est le fondement du rôle joué par l'opinion commune, puis les conditions de nombre et d'autorité des auteurs auxquelles elle devait répondre, et quels écrits de docteurs pouvaient seuls être pris en considération pour donner leur avis tout le poids désirable. Nous déterminerons enfin les effets attachés à cette institution.

§ I. — LE FONDEMENT DE LA THÉORIE

La question du fondement de l'opinion commune avait déjà été étudiée ; il suffisait à Coras de rappeler la réponse, au besoin de lui donner un peu plus de précision.

L'opinion commune, dit-il au chapitre second, est reconnue juridiquement pour suppléer aux incertitudes de l'interprétation doctrinale (1). L'autorité de celle-ci, avait fait remarquer l'auteur des *Questiones de iuris subtilitatibus* est simplement probable à cause des discussions dans lesquelles les docteurs se complaisent. De quel droit imposer un principe auquel manque évidemment avec la vérité et la certitude, toute stabilité ?

Que ces discussions viennent à cesser, que plusieurs soient d'accord pour reconnaître l'exactitude d'une solution juridique, le problème change d'aspect, et une autre solution peut être envisagée. Comment admettre, en effet, qu'un certain nombre d'auteurs, tous experts en la matière, puissent faire erreur sur un point sérieusement étudié en une matière relevant de leur compétence ? Tel est précisément le cas que pose le fait de l'opinion commune de la doctrine sur un point de droit. Comment expliquer cet accord si ce n'est en reconnaissant que la vérité recherchée a vraisemblablement été atteinte. Des chances d'erreur restent sans doute toujours possibles, mais est-il admissible, est-il vraisemblable que tous puissent se tromper ? l'hypothèse est peu probable. Il y a en leur faveur une présomption de vérité solidement établie. Le droit admet fréquemment des présomptions, pourquoi ne pas reconnaître celle qui existe incontestablement dans le cas présent ? Si la vérité n'est pas certainement atteinte, toutes les probabilités sont en faveur de l'opinion commune. Et d'ailleurs toute présomption n'est pas irréfragable ; les simples présomptions de droit admettent la preuve du contraire.

Cette raison était mise en relief par la glose du Décret, au canon *De quibus*. 3. Dist. XX. au mot « pluribus » : la vérité, dit-elle, est connue par la majorité (2) ; n'est-ce pas la loi qui parle ainsi au titre *De fideicommissis* du Code ? (3).

L'opinion commune tire donc toute sa force d'une présomption de vérité ; cette présomption en est le fondement et la base ultime : plus elle sera forte, plus l'opinion commune se rapprochera de cette vérité qui est le caractère fondamental et essentiel de la loi. A la doctrine donc de garantir cette présomption afin de lui attribuer le maximum d'efficacité.

§ II. — LE NOMBRE DES AUTEURS REQUIS

Quelles conditions exiger pour accorder des conséquences juridiques à une opinion commune. Les canons parlaient de la majorité au moins ;

(1) Coras. o. c. *Communis opinio ex quibus constituatur*. n. 3.

(2) Gl. *ib.* v° *Pluribus*.

(3) Cod. VI. *De fideicommissis*. 42. *Quaestionem*. 32.

les auteurs, de leur côté, suivant en cela Huguccio et la glose du Décret, estimaient indispensable d'obtenir l'accord d'un certain nombre de docteurs, et de docteurs ayant quelque autorité. Mais, comment déterminer le chiffre minimum de docteurs requis ; comment ensuite apprécier l'autorité dont ils doivent jouir ; ces conditions sont à déterminer avant que s'appliquent les sanctions juridiques à une opinion commune.

Quel était en premier lieu, le chiffre de docteurs exigé pour constituer une opinion commune ? La doctrine évolue sur ce point jusqu'à Coras qui en fixe les principes ; après lui, les modifications furent insensibles.

Les textes romains ne donnaient pas une réponse bien explicite : le plus net parle de l'opinion la plus fréquemment soutenue par les anciens (1). Les canons notent qu'il faut plusieurs auteurs ; seul celui qui est pris au *De doctrina christiana* spécifie qu'il s'agit de la majorité (2). Il faut attendre la glose du Décret au canon *Episcopum*. 3. Dist. LXV. pour en trouver une nouvelle mention (3). Les auteurs se contentaient de signaler qu'il fallait plusieurs docteurs.

Innocent IV paraît être un peu plus exigeant : il réclame en termes exprès l'unanimité dans son commentaire de la Décrétale *Veniens* (*De verborum sig.*). « Si un seul était d'un avis opposé, dit-il, il n'y aurait pas preuve commune... il semble que l'opinion commune ne soit autre que l'avis unanime » (4), ajoute-t-il, en apportant comme confirmation la loi *Si arbiter*. 28. Dig. XXII. *De probationibus*. 3. (5).

Sans doute, l'opinion qu'il qualifie de commune n'est pas celle des docteurs, pourtant, sa remarque est d'autant plus précieuse qu'on la retrouve chez l'Hostiensis. Ce dernier ne précise point non plus le chiffre des docteurs requis pour constituer une opinion commune. A voir l'expression dont il se sert dans son commentaire du chapitre *Tua nos*. 9. X. V. *De usuris*. 19, il semble bien réclamer l'unanimité. Il examine la question de savoir si les héritiers d'un usurier doivent rendre toutes les sommes acquises par usure. Tous les biens du défunt sont-ils indistinctement frappés de cette obligation de restituer ou seulement ceux

(1) Voir note 1 p. 264.

(2) En admettant qu'une difficulté puisse être faite sur le sens exact du mot « plures » tel que l'emploient les textes authentiques. — Dist. XIX. c. 6. *In canonicis*.

(3) Gl. ib. v^o *plurimorum*.

(4) Innocent IV. *Apparatus*. X. V. 39. *De verb. sig.* c. 1. *Veniens*. v. *memoriam*... tunc dicent testes communem opinionem esse omnium praedictorum quorum nullus vivens vidit vel audivit quod suo tempore fuerint loca praedicta culte... Quia si unus solus esset in contraria opinione ductu rationis non esset communis probatio ut dictum est... videtur autem idem probare communem opinionem et omnium opinionem...

(5) « ...intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, quid meminerit, quibus consulibus, id viderit, sed cum omnium haec est opinio nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent ».

qui ont été achetés avec le fruit de l'usure. L'opinion commune à cette époque tenait la première solution. L'Hostiensis la trouve peu fondée, mais ajoute : néanmoins, comme cette opinion est généralement tenue pour favorable, que d'autre part elle est relativement équitable et qu'elle est approuvée par tous, je n'ose y contredire (1). L'opinion commune semble donc devoir être unanime. On peut cependant remarquer que ce texte est simplement affirmatif ; il manque un texte exclusif pour prétendre que l'Hostiensis exigeait en tous cas l'unanimité.

La Glose de Bernard de Parme ne semble pas requérir l'unanimité puisqu'elle mentionne plusieurs auteurs en faveur de la thèse contraire à celle de l'opinion commune (2).

Il est bien difficile de découvrir la pensée du Spéculateur, comme aussi celle de Jean d'André sur ce point. Les uns et les autres paraissent avoir attaché au mot « communis » le sens de pluralité, de majorité.

Cette situation n'allait pas tarder à changer : la glose du Décret avait affirmé que le chiffre des docteurs variait avec leur autorité (3). Plus l'autorité est grande, moins sera élevé le nombre d'auteurs requis, et inversement, moins leur autorité est considérable et plus le nombre exigé doit être élevé. Le rapport de l'une et de l'autre sera ainsi inversement proportionnel. Ce raisonnement devait aboutir à une conséquence remarquable, à l'autorité de la Grande Glose à partir de la fin du XIII^{me} siècle (4). Elles réunissait les doctrines émises au sujet du Corpus depuis près de deux siècles. Aussi Bartole prétendit-il qu'à l'autorité de la Glose il suffisait de joindre deux ou trois docteurs pour constituer une opinion commune (5). Des professeurs de Parme allèrent plus loin encore (au témoignage de Coras) (6) : la glose et Bartole suffisaient pour établir une opinion commune. Jason substituait à Bartole n'importe quel juriste dans son commentaire de la loi *Ut vim*, 3. Dig. I. *De iustitia et iure*, I. (7). A cette date, deux auteurs de très grande autorité pouvaient constituer une opinion commune. L'Évangile n'affirme-t-il pas que dans la bouche de deux ou trois témoins se trouve la vérité (8) ;

(1) Hostiensis. *Lectura*. X. V. 19. *De usuris*. 9. *Tua nos. v° cogendi*. Quia vero opinio haec in conspectu multorum favorabilis est quantum ad animae et satis aequa et ab omnibus approbata non audeo contradicere.

(2) Cf. plus haut p. 270, n. 3 s.

(3) Gl. in c. 6. *In canonicis*. Dist. XIX. v° *plures*. — Huguccio avait fait en termes différents la même remarque ; ib. v° *aequalis auctoritatis* : ...testimonia debent aequalia esse ; si ex una parte parva et graves, ex alia plures et minoris auctoritatis testes indicuntur... in electionibus paritas est habenda cum hinc numerus et non gravitas compensetur.

(4) Voir infra p. 289.

(5) Coras. o. c. *Qui numerus*, n. 1. — Dans le même sens Sylvester. *Summa*. v° *opinio*. 2°.

(6) Ib. n. 2.

(7) Jason. In Dig. I. *De iustitia et iure*. l. 3. *Ut vim*, n. 34. Alibi Iac. Butrig. in l. l. c. *Qui pro suo iurisdictione*. dicat quod ubi cum Gl. concordat aliquis doctor illa opinio censetur communis in iudicando.

(8) Gr. in II. 5. ...Quod vero quarto loco quaerebatur, an duorum testimonio Episcopus sit condenmandus, multorum auctoritate probatur. Sicut enim in

et d'ailleurs, deux témoins suffisent pour établir une preuve en justice (1).

D'autres juristes, plus rigoureux, ne paraissent pas prêts à admettre une pareille extension de l'opinion commune. Jérôme Gratien exige la Glose et trois ou quatre docteurs de grande autorité eux aussi et choisis parmi les anciens (2). Le Panormitan réclame la majorité ; il ne le dit sans doute pas expressément, mais après avoir affirmé que le juge ne doit pas s'écarter de l'opinion commune, il donne comme preuve : généralement la majorité découvre mieux la vérité (3). On peut vraisemblablement déduire de cette affirmation qu'il exigeait la majorité.

Felinus Sandaeus est un peu plus large : au chapitre *Canonum*. 1. X. I. *De const.* 2., il demande simplement que plusieurs auteurs de grande autorité partagent le même avis, sans en préciser le chiffre (4). Nevizani se contente d'exiger un certain nombre de docteurs.

Coras dans son traité (5) essaie de donner à ce problème une solution qui puisse fournir une base solide à la présomption de vérité sur laquelle toute la théorie de l'opinion commune est fondée. Sept auteurs au moins doivent être requis, d'après lui, et encore, à la condition que se trouvent parmi eux la Glose, Innocent IV, l'Hostiensis, le Spéculateur, Bartole ou quelque docteur de grande autorité ; sinon, ajoute-t-il, le chiffre devra être plus élevé et dans un rapport inversement proportionnel à l'autorité des docteurs. Les arguments pour fixer le chiffre à sept sont d'inégale valeur. Le premier n'est autre que la perfection du chiffre sept : le sept est le nombre parfait, par excellence, c'est celui qui revient le plus souvent dans les choses divines ou humaines : n'est-ce pas le chiffre des jours de la semaine déterminé par Dieu lui-même, n'y a-t-il pas au ciel sept ordres d'esprits bienheureux ? devant Dieu se tiennent perpétuellement sept intelligences, et ainsi de suite, la reproduction de cet argument exigerait des pages. En second lieu, continue Coras, comme le nombre de ceux qui écrivent s'accroît, il faut choisir un chiffre qui, sans être trop élevé, puisse être raisonnablement atteint. En outre, sept est le chiffre des témoins requis par la loi pour la confection d'un testament (6). Enfin, pour l'approbation d'un évêque, il

Evangelio Ioannis legitur « ait Iesus ad Iudaeos : in lege vestra scriptum quoniam duorum hominum testimonium verum est ». Hinc consequenter contra eos argumentatur dicens : Si duorum testimonium verum est, quare testimonium meum et Patris non accipitis. Item Paulus in epistola ad Corinthios : in ore duorum vel trium stabit omne verbum. Item in epistola ad Hebraeos : Quis praevaricans legem Moysi duobus, vel tribus testibus convictus sine miseratione lapidabitur.

(1) Dig. XXII. 5. *De testibus*. 12.

(2) Au témoignage de Coras. o. c. l. c. n. 11.

(3) Panormitanus. In X. I. *De const.* 2. *Canonum*. 1. n. 15.

(4) Felinus Sandaeus. In X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum*. n. 54.

(5) Coras. o. c. l. c. n. 19.

(6) Cod. VI. 23. *De testamentis*. 21. et l. 31. fin.

faut sept docteurs (1) ; si, à Pérouse, on se contente de quatre, c'est en vertu d'un privilège.

Coras, le premier, traitait cette question ex professo. Ses arguments parurent, sinon raisonnables, du moins convaincants, et le chiffre minimum requis par lui fut admis dans la suite par la plupart des auteurs. On le retrouve chez Navarrus, qui dit six ou sept (2), puis chez Etienne Gratien (3), Gaill (4) ; Sanchez (5) en demande six, Baronius, par contre, réclame la majorité des auteurs.

A la fin du XVI^m siècle cependant, les auteurs, sous l'influence du probabilisme, assimilent l'opinion commune à une doctrine plus probable, tels Laymann (6) et Fagnani (7).

Mais, au XVII^m siècle, les auteurs paraissent exiger une proportion un peu plus élevée, il fut en rapport avec les principes admis par Coras. On ne fixe plus le chiffre. Suarez exige un chiffre tel que l'opinion commune entraîne la certitude morale de ne point faire erreur (8). Schmalzgrueber s'exprime de la manière suivante : si les docteurs conviennent communément dans l'explication d'une loi, il faut les suivre, puisqu'une telle unanimité ne fait que déclarer la façon dont la loi est acceptée (9). Suivant Schmier, on peut dégager de cette unanimité une certitude morale contre laquelle il serait téméraire de se prononcer (10). Il semble ainsi que Schmier exige l'unanimité (au moins morale) pour admettre une opinion commune. Engel, par contre, se contente de parler de plusieurs docteurs et donne la raison, maintes fois alléguée, que la majorité a plus de chances de découvrir la vérité (11).

Ainsi, le chiffre minimum d'auteurs requis pour constituer une opinion commune a-t-il varié suivant les époques. Il fut le plus faible au moment où la doctrine encore sans esprit critique se contentait de suivre presque aveuglément les auteurs des siècles précédents.

§ III. — L'AUTORITÉ DES DOCTEURS

Le nombre d'auteurs est le principal élément sur lequel se base la théorie de l'opinion commune, suivant le principe repris du droit ro-

(1) Cod. X. 53. *De prof. et med.* l. 10. *si quis.*

(2) Navarrus. *Manuale confessorum.* c. 27. n. 289.

(3) Stephanus Gratianus. *Disceptationes forenses.* t. IV. c. 740. Incip. verissimum est. vers. ad quam faciendam. Communem opinionem faciunt septem doctores.

(4) And. Gaill. *Practicarum observationum* lib. I. obs. 153. n. 5.

(5) Sanchez. *De matrimonio.* III. 44. 2.

(6) P. Laymann. *Ius canonicum.* In X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum.* n. 17. Il renvoie à sa *Theologia moralis.* Lib. I. tr. I. c. 5. n. 16.

(7) Fagnani. In X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum.* n. 276.

(8) Fr. Suarez. *De legibus.* VI. c. 1. n. 6. — Cf. de Salas, In I. II. q. 96, tr. XIV. disp. 10. s. 10. n. 68.

(9) F. Schmalzgrueber. I. Tit. 2. n. 44.

(10) F. Schmier. *Iurisprudentia. Pract. praecamb.* c. III. s. I. n. 36. Interdum aequivalet authenticæ. Sa pensée se précise au n. 37. Il semble ainsi manifeste que la doctrine devient plus exigeante et réclame l'unanimité.

(11) L. Engel. *Collegium.* II. tit. 27. n. 19.

main : la majorité est censée mieux découvrir la vérité. Et cependant l'avis de tel docteur mérite plus de créance que celui de tel autre. Était-il, en ce cas, raisonnable de s'en tenir rigoureusement au chiffre d'auteurs requis pour l'obtention d'une opinion commune ? Aussi, avait-il été facilement admis que l'autorité des docteurs put suppléer leur nombre. Telle était, au moins, implicitement déjà, la thèse d'Huguccio.

Il paraît plus difficile de déterminer le degré d'autorité qui peut s'attacher à chaque docteur ?

Coras a tenté de répondre à cette question (1) ; il fait dériver cette autorité de deux sources : d'une part, du savoir et des connaissances de ce docteur, et de l'autre, de son honnêteté.

Le premier point ne souffre guère d'obstacle : il est prouvé, ainsi que l'avait déjà fait Lancelot, par la loi *Septimo mense*. 12. Dig. 1. *De statu hom.* 5. Paul s'appuie sur l'autorité d'Hippocrate qu'il qualifie de « doctissimus » : il s'ensuit évidemment que l'autorité procède de la science acquise (2). La raison s'accorde d'ailleurs sur ce point avec la loi, puisque l'autorité d'un docteur se mesure à son influence ; or, celle-ci apparaît dès que l'on se rend compte de son savoir. Le second point, l'honnêteté morale, suivant Coras, est exigée parce que la crainte du Seigneur est le commencement de la sagesse, et aussi parce qu'un docteur immoral n'est pas digne d'être suivi, mais provoque plutôt la haine ou le mépris.

Tels sont les deux critères par lesquels Coras détermine le degré d'autorité mérité par un auteur. Si le premier se comprend aisément, il n'en est pas de même du second. En effet, on ne voit pas très bien comment la moralité d'un docteur peut influencer son autorité. Les auteurs touchent pourtant assez souvent sur ce point. S'il s'agissait de fait d'une science purement spéculative, il serait malaisé de voir en quoi peut nuire l'immoralité d'un savant. Mais le droit est aussi une science pratique : savants et juges, pour élevés qu'ils soient en dignité, peuvent, dans l'exercice de leurs fonctions, se laisser corrompre par l'appât du lucre en dépit des peines attachées à la prévarication. Rendant des *consilia*, ils peuvent avoir été entraînés à donner avant tout satisfaction à leur client, en rendant une solution non point juste, mais conforme à l'intérêt de celui-ci. Quelle valeur accorder à pareille consultation ? et pourtant ce *consilium* figure dans le recueil des œuvres de ce jurisconsulte ! Il ne faut donc pas attribuer indistinctement à des auteurs même de très grand savoir, une autorité identique dans tous leurs écrits, puisque dans leurs consultations, ils ont pu céder à la tentation de satisfaire les intérêts d'un client fortuné plutôt que d'indiquer la solution

(1) Coras. o. c. *Autoritas doctorum maior et minor quomodo consideretur et cognoscatur.*

(2) Archidiaconus. Dist. X. 3. *Nolite*. *cuicumque licet magno doctori non est credendum nisi dictum eius probetur.*

commandée par l'équité et la justice. Aussi rejetait-on les *consilia* pour ne s'attacher qu'aux *lecturæ* : elles offrent plus de garanties d'impartialité (1). Guy Coquille préfère les professeurs qui méprisent dignités et fortune et ne se laissent guider dans leurs recherches ni par l'affection ni par l'argent ; tels étaient, selon lui, Bartole, Masnerius et Dumoulin (2).

L'autorité dont jouit une opinion commune dépend donc et de la science et de l'honnêteté des auteurs qui la soutiennent ; il appartient au juge de peser la plus ou moins grande autorité d'un auteur. Appréciation difficile, dira-t-on : comment déterminer le degré d'autorité qui s'attache à tel docteur par comparaison avec tel autre ? comment préciser que la science d'un tel est supérieure au savoir de cet autre ? Coras a tout au moins voulu poser quelques principes qui peuvent guider le juge dans une question si délicate.

Ainsi, il faut préférer les anciens qui surpassent les modernes à tous points de vue : et Coras distingue trois classes de docteurs : les anciens qui ont vécu depuis l'époque d'Irnerius jusqu'en 1240, puis ceux qui écrivirent jusqu'au début du XV^m siècle, enfin les modernes (3). Partant du même principe, il faut donner la préférence à un auteur âgé plutôt qu'à un jeune. Dans un ordre d'idées un peu différent, sera mieux estimé celui qui aura le plus écrit : grande sera donc la réputation d'Accurse, qui, le premier, glosa tout le Digeste. Mérite aussi une importance spéciale celui dont les écrits sont généralement approuvés : ainsi en est-il d'Innocent IV, de l'Hostiensis, plutôt que de Martinus Gosia.

En matière religieuse, il faut préférer les canonistes, et les juristes dans les matières de droit civil (4).

Coras fait enfin entrer en ligne de compte le génie, l'art, l'ordre et la clarté de leurs écrits, les élèves qu'ils ont formés, leur réputation à la Faculté ou au barreau et même leurs honoraires.

De cette manière, il devenait un peu moins malaisé de discerner parmi les auteurs ceux qui jouissaient d'une autorité suffisante pour être comptés parmi les tenants d'une opinion commune. Ce n'étaient là évidemment que des indices valant jusqu'à plus ample informé.

§ IV. — LA VALEUR DES ÉCRITS DOCTRINAUX

Une dernière condition restait cependant à remplir aux yeux de Coras pour qu'une opinion commune atteignît avec une quasi-certitude

(1) Card. de Luca. *Theatrum*, t. VI. De dote. Disc. 166. n. 37. — De donationibus. Disc. 19. n. 10. — De credit. Disc. 154. n. 3. — De fideicommissis. Disc. 27. n. 2, 9, 17, et Disc. 63. n. 11. — T. IX. De testamentis. Disc. 53. n. 7 et 74. n. 7. — T. XV. De iudiciis. n. 35. — Suivant L. A. Muratori, Bartholomæus a Salyceto aurait donné deux conseils contraires sur le même point (*Dei difetti*, p. 63).

(2) Art. Duck. *De usu et auctoritate*, Lib. I. c. 8. *De interpretationibus et opinionibus doctorum*, n. 14.

(3) Dans le même sens, Besold. *Thesauri*, p. 797, n. 20.
A. Duck. *Ib.* n. 13.

la vérité : le fondement de toute la théorie n'était-il pas la présomption, la très grande probabilité, la certitude même, ne craindra pas de dire l'agnani un peu plus tard ? Ne fallait-il pas que la doctrine ait été proposée dans des circonstances telles qu'elles lui assurent le maximum de poids et la plus grande probabilité d'atteindre la vérité ?

On admet sans aucune difficulté et sans contestation le cas où les docteurs traitent une question *ex professo* (1) ; dans un ouvrage l'opinion qu'ils soutiennent doit être considérée comme sérieuse, et, à ce titre, susceptible d'être classée au nombre de celles qui constituent une opinion commune. En est-il de même pour les opinions que les docteurs signalent en passant, en traitant d'une autre manière ? Ainsi, un auteur traitant une question juridique, apporte incidemment comme preuve son opinion en une matière analogue, sans indiquer les raisons de son affirmation. Beaucoup d'auteurs nient que son opinion puisse être retenue. Il ne suffit pas d'affirmer une chose en passant, il faut la discuter, la prouver, montrer qu'il s'agit d'une opinion mûrement réfléchie et sérieusement soutenue. Telle fut d'ailleurs l'opinion commune des docteurs au XVI^{me} siècle, s'il faut en croire Coras, qui soutient l'opinion contraire : une opinion doctrinale peut être apportée en confirmation d'une opinion commune, même si elle est simplement donnée en passant et sans y insister. N'est-elle pas une manifestation de la pensée de ce docteur qui affirme ce qu'il a soigneusement étudié (2).

Néanmoins, Coras finit par distinguer trois catégories d'auteurs. Il y a d'abord les anciens, pour lesquels une simple affirmation suffit, car les anciens ne discutaient guère, et leurs affirmations sont toujours le résultat d'un long et minutieux travail. D'autres, par contre, ainsi les auteurs de *lecturae*, discutent tout ; pour ceux-ci, il ne faut admettre que ce qu'ils ont traité *ex professo*. Enfin, les conseillers juridiques ou les auteurs de traités, tantôt discutent certains points de droit qu'ils connaissent à fond, tantôt s'occupent de questions ne se rapportant qu'indirectement à l'objet qu'ils étudient. Pour celles-ci, qui ne sont pas minutieusement examinées, mieux vaut ne pas les considérer.

Somme toute, exception faite pour les anciens, il faut admettre une opinion dans la mesure où le docteur traite cette question *ex professo* et offre ainsi toutes les garanties que requiert l'opinion commune pour atteindre l'objectif en vue duquel on l'admet (3).

(1) A. Duck parle cependant de la grande discussion qui opposait les partisans d'Alciat à ceux de Trib. Decianus sur le point de savoir s'il valait mieux tenir compte des « *Consilia* » ou des « *Commentaria* ». En faveur du premier, on peut citer la Chambre Impériale de Spire, dit Menochius, II. *De praesumpt.* 71. n. 48. (*De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum*, Lib. I. c. 8. *De interpretationibus et opinionibus Doctorum*, n. XII). — Coras toutefois ne fait pas mention de cette discussion.

(2) Coras. *o. c. l. c.* n. 44.

(3) Coras. *o. c.* Qui doctores faciunt communem et numerum in communi. n. 2. 10. sqq.

Telles sont les conditions que doit remplir une opinion pour pouvoir être vraiment qualifiée de commune. Alors seulement, en effet, sont obtenues les garanties indispensables à l'obtention de cette présomption de vérité en vue de laquelle seule cette théorie fut admise. Les éléments dont les auteurs l'ont constituée ont tous précisément pour fin d'affermir cette présomption, de la renforcer, afin qu'elle puisse offrir ainsi, autant que faire se peut, ce caractère de vérité juridique qui est l'apanage de la loi.

§ V. — LES EFFETS JURIDIQUES DE L'OPINION COMMUNE

Ces conditions une fois réalisées, on peut penser qu'on a atteint la vérité, que l'opinion commune offre tous les caractères donnant à la loi une autorité nécessaire. Pourquoi refuser alors à cette opinion commune une autorité identique à celle que possède la loi ? pourquoi lui refuser à elle aussi, une autorité qui s'impose et qui oblige les juges à lui reconnaître même force et même autorité qu'à la loi ?

De toute manière, une certaine valeur juridique devait être admise en faveur de l'opinion commune, et, de fait, les auteurs lui ont reconnu successivement par des biais, par des détours, une importance quasi-légale. Nous allons examiner quelles sanctions lui ont été accordées, et nous essaierons de déterminer si l'autorité dont elle jouit fut une autorité qui s'impose.

D'abord, quelles sont les sanctions de l'opinion commune ?

En premier lieu l'opinion commune ne tarda pas à être pourvue de la même sanction que la coutume.

Sans doute, autant que les textes d'Huguccio permettent d'en juger, l'opinion commune ne possédait pas force obligatoire. Au canon *In canonicis*. 6. Dist. XIX, il se borne à dire : mieux vaut tenir l'opinion que plusieurs approuvent. Il indique ainsi la solution qui est préférable, mais rien ne permet de dire qu'il ait admis une obligation de s'y tenir (1).

L'Hostiensis, le premier, s'exprime d'une façon plus explicite : « *Opinio communis sequenda est* », écrit-il au chapitre *Canonum*. 1. X. I. *De const.* 2. (2). Mais quel est le sens de cette expression ? veut-il parler d'une véritable obligation ou d'une simple convenance ? En faveur de cette dernière explication, il y a la phrase de l'Hostiensis dans son commentaire du chapitre *Tua nos*. 9. X. V. *De usuris*. 19 : comme cette opinion est approuvée par tous, je n'ose y contredire. En sens contraire, on peut opposer la loi *Minime*. 23. Dig. I. *De leg.* 3

(1) Huguccio, f° 18. In Dist. XIX, c. 6. *In canonicis*. Quod illud potius teneatur quod a pluribus approbatur et corroboratur.

(2) Hostiensis. *Lectura*. In X. I. 2. *De const.* 1. *Canonum*. v° suo sensu.

sur la force obligatoire de la coutume, et que l'Hostiensis cite dans son commentaire en parlant de l'opinion commune. Cette loi déclare qu'il ne faut pas s'écarter d'une interprétation déterminée et certaine (1). Les glossateurs entendaient cette disposition comme si elle était fondée sur la coutume. Ainsi pourrait-on dire que déjà pour l'Hostiensis, l'opinion commune avait la force de la coutume. Toutefois, à raison du premier texte allégué plus haut, et en l'absence d'un texte explicite de l'auteur lui-même, on ne pourrait l'affirmer (2).

Jean d'André, compilateur fidèle, fait exactement la même citation que l'Hostiensis après avoir dit comme lui : « *opinio communis sequenda est* ». Son affirmation se trouve toutefois renforcée du fait que la loi *Si de interpretatione*, 37. Dig. I. *De leg.* 3. est plus explicite ; la coutume est la meilleure interprète des lois. Ainsi il semble bien que l'opinion commune au temps de Jean d'André s'imposait obligatoirement à tous.

Une question se pose cependant à ce propos : quelles conditions accessoires devra remplir l'opinion commune pour être assimilée à la coutume. Si elle lui emprunte sa force obligatoire, les conditions de temps notamment devront-elles lui être appliquées ? Ces questions restent sans réponse, pour cette époque du moins, car les auteurs ne traitent pas de l'opinion commune *ex professo* et par conséquent n'envisagent pas le problème sous tous ses aspects (3).

Un point est toutefois acquis avec certitude : des textes formels assurent à l'opinion commune une sanction juridique efficace dès la fin du XIII^{ème} siècle, si l'on fait abstraction du texte un peu obscur de l'Hostiensis.

L'évolution n'allait toutefois pas s'arrêter là : la doctrine assurait bientôt à l'opinion commune les mêmes garanties et la même sécurité qu'à la loi. D'abord, elle fait retomber la charge de la preuve sur la partie adverse. Elle punit ensuite les juges qui auraient rendu des sentences à son encontre (4).

(1) Dig. I. 3. *De leg.* 23. — La Grande Glose a interprété cette loi comme tirant sa force de la coutume. Elle dit en effet v^o *Minime...* Semper sic est intellecta ut ex hoc intellectu induceretur consuetudo, id est ut de caetero sic super ea iudicaretur. — La glose marginale insiste v^o *consuetudo* : consuetudine legem interpretari eiusque interpretationem necessariam esse et probabilem hinc colligunt.

(2) D'autant que, quelques siècles plus tard, il est vrai, Math. Mathesilanus et Coras distinguaient nettement l'opinion commune de la coutume. Cf. *De electione opinionum*, n. 1. — *De communi opinione*, n. 3. s.

(3) Il nous est impossible de répondre avec précision à cette question ; deux points sont certains cependant : les auteurs distinguent l'opinion commune de la coutume (voir note 2) ; ils se basent sur les lois *Minime* et *Si de interpretatione*, qui traitent justement de la coutume, pour assurer une force obligatoire à l'opinion commune. La solution du problème se trouve sans doute dans ce fait que ces lois ne sont citées que par analogie. Voir en ce sens l'expression dont se sert Balde. *In X. lib. Decret.* In c. *Ne innitatis*, 5. X. I. 2. *De const.* n. 8. *Communis opinio vim et efficaciam consuetudinis habet*. Il ne dit pas qu'il y a identité entre eux.

(4) Des peines étaient également prévues contre les parties ou les avocats intentant ou défendant des procès contre l'opinion commune. Coras. o. c. *De poena*.

En outre, la sentence judiciaire rendue dans de telles circonstances est inique et injuste et nulle de plein droit (1). Bartole, dans son commentaire de la loi *De eo*. 2. Cod. VII. *De poena iudicium*. 49., applique cette loi au cas de violation de l'opinion commune ; il en conclut que dans cette hypothèse, le juge fait le procès sien ; il recourt à la coutume pour légitimer cette peine. Ne dit-il pas en termes exprès : si une opinion est communément approuvée et communément observée ? (2). Ce texte semble bien exiger l'observation des règles de la coutume pour que l'opinion commune soit juridiquement sanctionnée. Les interprètes postérieurs ne paraissent pourtant pas avoir admis cette façon de voir, car, en général, ils disent simplement : dans un pareil cas, le juge est taxé d'impéritie et doit subir les conséquences de sa faute (3). Or, ceux qui enfreignent une loi ou une coutume étaient plutôt des prévaricateurs.

Angelus Aretinus mentionne une autre peine avec la précédente : le juge qui a rendu une sentence contre l'opinion commune des docteurs est justiciable du syndicat et ne peut être absous par celui-ci. C'est un effet de l'injustice commise (4).

Enfin le juge peut être condamné aux dépenses. Tel est, du moins, l'avis de Lancelot et celui de Coras (5).

D'autres concluait en outre du fait de l'impéritie du juge à l'existence d'une faute grave et à une obligation de réparer le dommage causé (6).

Ainsi, le juge qui ne tient pas compte d'une opinion commune est passible des mêmes peines que celui qui enfreint la loi ou la coutume. Aussi il n'y a rien d'étonnant que la doctrine ait en fin de compte complètement assimilé loi, coutume et opinion commune (7). Cette dernière est pourvue de la même force juridique que les premières. Suarez précise nettement la portée de l'opinion commune des docteurs en déclarant qu'elle n'a pas force de loi parce qu'elle ne procède pas du pouvoir de juridiction, mais elle est l'œuvre des savants. Il ajoute cependant qu'en pratique elle peut être obligatoire, car il est peu vraisem-

(1) Ainsi le veut Coras. o. c. *De poena contra communem iudicantium*. Il cite à l'appui de cette thèse le Panormitan. In X. II. 27. *De sententia et re iudicata*. c. 1. — Dans le même sens, Nevizzano. *Sylva nuptialis*. Lib. V. n. 75. *Nemo negat sententiam latam contra communem esse nullam*. — I. B. de Luca. *Theatrum*. t. I. Bosc. d. art. 1. n. 14.

(2) Bartolus. In Cod. VII. 49. *De poena*. 1. 2. *De eo*. n. 5.

(3) A la suite de Balde. In Cod. VII. 49. *De poena*. 1. 2. *De eo*. n. 9. — C'est seulement plus tard au début du XVI^{me} siècle que les auteurs assimilent l'opinion unanime à la loi. Balde se contentait de l'assimiler à la coutume. In c. *Ne innitatis*. 5. X. I. *De const.* 2. n. 8. *Habet vim consuetudinis*.

(4) Au témoignage de Coras. o. c. l. c. n. 25 sq. — Ph. Decius. In X. I. *De const.* I. *Canonum*. 2a lectura. n. 44. — F. Schmier. II. tr. III. c. 13. S. 6. n. 216. — Cf. p. 80.

(5) Coras. o. c. l. c. n. 34. — Ant. de Butrio. In X. II. 14. *De dolo et contumacia*. c. 5. *Finem*. n. 21.

(6) Coras. o. c. l. c. 51.

(7) Andreas ab Exea. In tit. *De const.* n. 455. — Cor. Benincasius. *Tr. ad tit. De const.* c. 41. n. 10.

blable qu'une raison puisse infirmer la valeur d'une opinion unanime. Suarez parle ici simplement d'une obligation de conscience du juge (1).

Les auteurs suivirent cette thèse, néanmoins il s'en trouve encore pour affirmer que les opinions communes font le droit (2).

Nous avons noté l'abondance des références à la coutume, chaque fois que l'opinion commune est déclarée obligatoire. Un point cependant reste obscur et doit être éclairci : en vertu de quel principe l'opinion commune est-elle ainsi rendue obligatoire ? est-ce en vertu des règles de la coutume ou en vertu de son autorité propre ? Si l'on tient compte des lois que les auteurs apportaient en confirmation des peines prévues, notamment des lois *Minime* et *Si de interpretatione*, la réponse doit être faite en faveur de la coutume (3). Cette solution est d'ailleurs conforme à celle qui est reconnue juste pour le *stylus Curiae*.

En sens contraire toutefois, on peut faire observer que les auteurs ne mentionnent nulle part explicitement cette coutume. Bien mieux les traités sur le choix d'une opinion, notamment ceux de Matthieu Mathesilanus et de Coras, opposent coutume et opinion commune ; il faut, disent-ils, choisir d'abord l'opinion qui a pour elle une coutume et l'opinion commune (4) n'est mentionnée qu'en quatrième ou cinquième lieu.

L'opinion commune jouissait des avantages de la loi et de la coutume parce que, comme elles, elle était basée en dernière analyse sur la vérité. A ce point de vue, on ne peut légitimer autrement les sanctions portées contre les juges prévaricateurs en cette matière. Loi, coutume et opinion commune étaient traitées sur pied d'égalité parce qu'elles possédaient ou étaient présumées posséder cette vérité juridique qui seule est susceptible d'être efficacement et officiellement garantie.

(1) Fr. Suarez. De leg. VI. c. 1. n. 6. — Voir aussi Bethmann-Holweg. *Der Civilprozes.* vol. IV. p. 103.

(2) Ainsi Schweickert. *Zeitsch. f. Civ. und Proz.* t. IV. p. 331 s. — Walter. *KR.* § 62 a. — Ancelot. *Quelques réflexions*, dans *Rev. crit. de lég. et de jur.*, p. 193 s.

(3) Pour la l. *Minime*, voir p. 285, n. 3. — Dig. I. 3. De leg. 37. *Si de interpretatione*.

(4) Matthaeus Mathesilanus. *De electione opinionum.* n. 1 et 3. — Après lui, et dans le même sens, Navarrus. *Manuale confessorum.* c. 27. n. 286.

CHAPITRE III

Les restrictions apportées à la théorie de l'opinion commune

Cette présomption de vérité n'était toutefois pas irréfragable, toute sanctionnée qu'elle fût. Cela se comprend bien : toute présomption doit céder le pas à la vérité ; il n'y avait donc aucune raison pour maintenir l'opinion commune en présence d'autres autorités qui se rapprocheraient de la vérité ou l'atteindraient certainement. Cela se produisait dans plusieurs hypothèses déterminées, surtout au cas d'existence d'une opinion plus commune, d'une solution donnée par la Grande Glose ou par un docteur de très grande autorité.

§ I. — UNE OPINION PLUS COMMUNE

Nous avons noté plus haut qu'une opinion commune n'avait souvent en face d'elle que peu ou pas de contradicteurs. La cause en était l'autorité qui s'y attache. Cependant, des cas pouvaient se présenter si ardemment controversés que les auteurs se partageaient en deux camps, en nombre suffisant pour atteindre de part et d'autre le chiffre requis à la formation d'une opinion commune. Ainsi, vingt docteurs soutiennent que la possession est une question de fait, vingt-deux, au contraire, qu'elle est point de droit. Que faire quand il y avait ainsi une opinion plus commune (1), c'est-à-dire une opinion tenue par la majorité des auteurs.

Cette question semble n'avoir été envisagée que par Coras qui fait prévaloir l'opinion la plus commune. Celle-ci est établie soit par un plus grand nombre de docteurs, soit par des auteurs d'une plus grande autorité. Pour résoudre le cas où le plus grand nombre professe une doctrine et les plus grandes autorités tiennent la doctrine opposée, Coras se base sur les principes de la théorie de l'opinion commune.

(1) Coras. o. c. — A plus forte raison au cas d'*opinio communissima*.

§ II. — LE CRÉDIT SPÉCIAL RECONNU A LA GRANDE GLOSE

De plus grande importance, même en droit canon (1), par contre, est l'autorité de la Grande Glose ; celle-ci jouit jusqu'au XVI^m siècle, même en droit canonique, d'une telle force que l'opinion commune devait céder devant elle (2).

Le premier texte qui mentionne l'autorité des gloses est un commentaire d'Accurse lui-même à la loi *Sed licet*. 12. Dig. I. *De off. praes.* 18. La loi déclare à propos du *praeses provinciae* : quoiqu'il tienne la place des magistrats romains, il ne doit pas tant considérer ce qui est décidé à Rome que ce qui doit l'être raisonnablement. Le grand glossateur tire de cette disposition un argument d'analogie en faveur de ceux qui s'appuient sur des arguments tirés des textes législatifs contre ceux qui se contentent de preuves tirées des gloses (3). Tel est le premier texte connu sur l'autorité dont jouissaient les gloses. Elle était donc déjà bien grande puisque, à défaut d'une décision légale, certains y recouraient (4). La glose marginale (dont il est difficile de préciser la date) ajoute que les gloses peuvent être utilisées quand la loi fait défaut (5), et qu'Oldradus concluait en faveur de l'autorité d'une doctrine appuyée sur une loi plutôt qu'en faveur d'un simple raisonnement (6).

Toutefois le premier auteur qui parle nettement de l'autorité de la Grande Glose elle-même semble avoir été Iacobus Butrigarius. Dans son commentaire à la loi *In causarum delegationibus*. 1. C. III. 4. *Qui pro sua iurisdictione*, ce jurisconsulte disait : Puisque la glose est l'œuvre d'un génie absolument remarquable et qu'elle a expliqué le droit civil mieux que tous, les juristes ne doivent s'en écarter ni dans leurs

(1) A. Reiffenstuel. o. c. t. I, p. 34, n. 147.

(2) B. Brugi semble présenter la théorie de l'opinion commune comme étant d'une formation postérieure à celle de la glose. Dans la cinquième conférence faite sur les « *Sentenze di giudici antichi e opinioni comuni di dottori* », t. IX. p. 81 s., il dit : Anche osservarono poi taluni che la Glossa si ferma su punti non dubbiosi e spesso lascia intatti i dubbiosi. Ecco aperta la porta alle opinioni dei dottori, p. 86. Cette observation est peut-être exacte en ce qui concerne le droit civil, mais nous avons vu que l'Hostiensis affirmait déjà très nettement la valeur de l'opinion commune des docteurs, qu'il considère comme fermement établie. Y aurait-il, sur ce point, divorce entre les deux droits ? c'est bien peu probable. Quant à l'intérêt que présentaient les gloses au début du XIII^m siècle, il faut aussi rappeler qu'Azo se plaignait de leur obscurité. C'est du moins le témoignage de Jean Fichard, de Francfort, qui disait : *Iam antea (avant Accurse) Azo conquerebatur quod legum notitiam saepenumero tenebris glossae obscurarent. Iurisconsultorum vitae* inséré dans le *Tract. ex variis iuris interpretibus*. t. I. p. 83. — En sens contraire cependant, cf. Savigny. *Histoire du Droit Romain au Moyen-Age*, t. III, p. 30 s.

(3) Gl. ad. I. *Sed licet*. 12. Dig. I. 18. *De off. praes.* v^o *Sed licet* : in defectum legum probationem glossarum iudicunt. Acc.

(4) En sens contraire, Decius. In X. I. 4. *De post prael.* c. 1. *Ad hacc.* n. 74, dont l'expression n'est d'ailleurs pas très claire : après avoir cité les paroles de Iac. Butrigarius en faveur de la Glose, il ajoute ...et refert Angel. ibi.

(5) A quoi la glose marginale ajoute au mot « *glossarum* » : *glossae possunt laudari textu deficiente ; unde colligit Oldradus minimi doctoris opinionem lege confirmatam potius sequendum esse quam magni sine lege.*

(6) L'Ecole d'Orléans, par contre, ne ménageait pas ses critiques. — Cf. E. M. Meyers. *De universiteit.*, dans *Tijdschrift*. II. p. 494.

sentences, ni dans leurs conseils (1). La glose d'Accurse n'était-elle pas, ajoutait-il, une admirable compilation : pour la première fois tout le Corpus iuris était commenté, alors qu'auparavant les docteurs n'avaient glosé que des fragments. Le fait d'Accurse d'avoir étudié tout le Corpus prouvait qu'il en avait mieux que les autres concilié les diverses parties ; de cette manière, il était parvenu à donner avec le commentaire le plus complet le travail le plus approfondi qui en eût jamais été présenté.

Le texte de Butrigarius, on le remarque, est impératif. Cependant, comme le jurisconsulte n'indique aucune sanction, on peut se demander s'il n'avait pas simplement entendu donner un conseil. Il continue pourtant en disant : Je ne m'écarterai pas de la glose, à moins d'avoir l'usage pour moi. Il semble ainsi considérer l'autorité de la glose comme venant immédiatement après la coutume. Les auteurs du XVI^me siècle, Bartole (2), Balde (3), et les autres postglossateurs (4), reprennent à leur compte le précepte de Butrigarius. L'autorité dont jouit la glose vient immédiatement après celle de la loi et de la coutume. Elle jouissait même d'une efficacité égale à celle de la loi devant les tribunaux (5). Elle était l'idole des avocats, l'idole du droit (6). Comme un mauvais cavalier, disait Salycetus, se tient à l'arçon de la selle, le juge qui ne sait pas juger doit s'attacher à la glose (7). Jean d'Imola, dans le même sens, affirmait que l'opinion de la glose équivalait à celle d'un texte (8). L'autorité dont elle jouissait était telle qu'au XVI^me siècle, Dyonisius Gothofredus pouvait écrire : « L'opinion de la glose a force de loi dans les écoles aussi bien que dans les prétoires » (9). Certains allaient même jusqu'à alléguer la glose alors que la loi prévoyait le cas en question.

Le Panormitan était d'un avis différent. Dans son commentaire du

(1) Iac. Gothofredus. *De autoritate*. Cet auteur cite le texte de Butrigarius : cuius haec verba sunt : Cum glossa illustre admodum ingenium habuerit iusque civile omnium optime tenuerit, et in iure dicendi et in responsis consulentibus dandis ab eius sententia et opinione recedere iurisconsulti nullo modo debent. — Bertachini (*Repertorium auctum*.) rapporte exactement le même texte au mot *Glossa*. — Coras, par contre, cite de la manière suivante : Ego non recederem a glossa quia usus non est contra eam, ubicumque ergo glossa firmat pedes, serva eam nisi usus sit in contrarium ; et il ajoute : et haec sunt formalia eius verba. Cap. 3, n. 2.

(2) Bartolus. In Dig. *De iustitia et iure*. I. 1. l. 3. *Ut vim*. n. 8 glossa quae melius semper intellexit.

(3) Baldus. *De feudis*. *De natura successionis feudorum*. c. 1. n. 2. s.

(4) In Dig I. 1. *De iustitia et iure*. l. 3. *Ut vim*. n. 8.

(5) F. C. Savigny. *Hist. du Droit Rom.*, t. IV, p. 149 s. n. (25). ...ubique terrarum sine controversia pro legibus celebrantur. — Un statut bolonais imposait son emploi à défaut des lois et coutumes.

(6) Cynus. In Cod. VIII. 38 (37). *De contrahend. stipul.* l. 3. *non moriturum*. n. 2. Ib. IV. 10. *De oblig. et act.* l. 1. *Data*. n. 1.

(7) Salycetus. In Cod. VII. 46. *De sent. quae*. 2. *Quamquam*. n. 2. s.

(8) Io. ab Imola. In Cod. XXVIII. 6. *De vulg. et pupill. substit.* l. 1. *Heredes*. n. 1 s.

(9) Iac. Gothofredus. *o. c. l. c.*

chapitre *Capellanus*. 4. X. II. *De feriis*. 9. l'opinion du ceux qui veulent faire prévaloir la glose ne lui plaît point (1). Il se souvenait d'une phrase de Bartole à propos de l'œuvre d'Accurse : il ne faut pas tant regarder à ce que dit la Glose qu'au motif pour lequel elle l'avance, aux raisons et aux arguments ainsi qu'aux droits sur lesquels elle se fonde (2). Decius ne fut pas sans remarquer que le texte de Butrigarius sur lequel se basaient tous les postglossateurs pour faire prévaloir l'opinion de la Glose n'était pas aussi affirmatif que ceux-ci voulaient bien le dire (3). Aussi, d'après lui, il fallait lui préférer l'opinion commune (4). Sur ce point toutefois, il changea d'avis car dans le conseil 22 il admet et soutient l'opinion communément reçue à son époque (5). C'étaient de premiers coups de pioche dans l'édifice des postglossateurs.

La nouvelle école des Romanistes ne tarderait pas pour d'autres raisons à affaiblir l'importance juridique de la glose. Celle-ci n'avait pas assez tenu compte de l'histoire ancienne, ni de l'étude philologique du latin ; aussi les auteurs se sont-ils aperçus des déficiences considérables que présentait le travail d'Accurse. L'autorité de celui-ci diminua dans de fortes proportions et certains lui ont même dénié toute valeur, au témoignage de Gothofredus. Ce dernier pourtant les traite de calomniateurs ; sans doute, avoue-t-il, Accurse s'est maintes fois trompé, mais de grandes parties de son œuvre restent entières. Aux rectifications qu'il jugeait indispensable de faire à la glose, il joignit un traité sur les « *Benedicta Accursii* » (6). L'autorité d'Accurse (7) se trouvant

(1) Panormitanus. Ib. II. 9. *De feriis*. 4. *Capellanus*. n. 3.

(2) Bartolus. In Dig. I. 1. *De iustitia et iure* l. 3. *Ut vin.* n. 8.

(3) Voir aussi sur l'importance de la Glose, E. Landsberg. *Über die Entstehung*. — A. Gaill. *Observationes practicae*. Lib. I. obs. 153. n. 8. — N. Everardus. *Loc. A contrario sensu*. — U. Zasius. *Singularia responsa*. Lib. I. c. 7. nn. 10 sq.

(4) Decius. In X. V. 4. *De post. pract.* 1. *Ad haec*. n. 74.

(5) Panormitanus. In X. I. 1. 2. *De const.* 1. *Canonum*. n. 15, sous la signature de Seb. Sap. v° *recedere* : Decius in consilio 22 et pro tenui, ubi dicitur quod opinio communis non est attendenda quando opinio glossae est in contrarium. Ce témoignage est porté dans les « *Additiones* ». — In c. 3. *Translato*. n. 93.

(6) Iac. Gothofredus. *Praefatio ad Benedicta Accursii*. — *Historia seu progressus iuris civilis Romanorum*. Cap. X.

(7) Tous les Romanistes de la nouvelle école étaient cependant loin de partager les mêmes préventions vis-à-vis de la Glose. Cujas notamment, qui pouvait être considéré comme le chef, attribuait toujours à Accurse une grande importance : il le préférerait à n'importe quel autre interprète. — Cf. A. Gaill. *Pratic. obs.* lib. I. obs. 153. n. 7, qui rappelle la grande autorité dont jouissait Accurse au siècle précédent. — P. Laymann. In X. c. *Canonum*. n. 10. parle dans le même sens : il reconnaît la grande autorité de la Glose, mais la place après l'opinion commune. — E. Pirhing. In X. L. I. Tit. 32. n. 18. est aussi d'un avis semblable. — A. Duck. *De usu et auctoritate*, déclare très grande l'autorité d'Accurse. Il donne cependant la première place à l'opinion commune puisqu'il ajoute : « *Tanta est potentia communis opinionis ut si supremæ principum Curiae vel Rota Romana contra communem pronunciarerint ab eis discedendum est* ». — A. Reiffenstuel (*Prooemium*. n. 146) constate que l'autorité de la Glose est grande et rappelle qu'avec l'opinion de Bartole ou de Balde elle doit être préférée à l'opinion commune. Ce qui ne saurait étonner de cet auteur traditionaliste. — F. Schmalzgrueber est moins affirmatif. I. Tit. 32. n. 7. — Dans le courant du XVIII^{me} siècle, cette autorité décroît nettement. F. X. Zech note (*Præcognita*. § 443), qu'elle fut autrefois beaucoup plus considérable qu'en son temps, quoiqu'il ne faille cependant pas la mépriser à cause des erreurs qu'elle contient. A propos de ces

bien amoindrie, il ne pouvait plus être question de lui donner la préférence sur l'opinion commune. On lui reconnaissait cependant, mais dans des cas exceptionnels, une autorité spéciale, qui s'est maintenue jusqu'à la fin du XVIII^{me} siècle.

§ III. — AUTORITÉS EXTERNES ET RAISONS

Le prestige de l'opinion commune à un moment donné la faisait même prévaloir suivant certains auteurs sur l'autorité du tribunal de la Rote. Ainsi pensaient, du moins, Menochius, Coras et quelques autres (1). Leurs arguments, plutôt faibles, étaient tirés du fragment de la loi *Nemo* (2), interdisant de juger suivant les exemples et recommandant au contraire de s'inspirer de la vérité des choses.

En sens contraire, Jean d'Imola (3) faisait prévaloir la Rote sur l'opinion commune. Fagnani opinait dans le même sens (4).

Reiffenstuel se range à leur avis (5).

D'autres autorités externes pouvaient prévaloir sur l'opinion commune. Suivant Felinus Sandaeus (6), les juges pouvaient abandonner l'opinion commune quand l'Archidiaque, Jean d'André ou leur maître soutenait une thèse contraire. La valeur du Commentaire de Guy de Baysio sur le Sexte jouissait surtout de cet avantage. Pour l'affirmer, Felinus Sandaeus se base sur une décision de la Rote dans les « antiquae ». Mais comme Coratius le fait remarquer, il n'est pas du tout certain (7) que la Rote se soit laissé entraîner par l'autorité de l'Archidiaque plutôt que par l'équité du texte qu'apportait ce commentateur. D'ailleurs, la Rote, continue-t-il, n'oppose aucune autorité à celle de l'Archidiaque. Aussi, il se refuse à admettre que l'autorité de ce dernier puisse être préférée à l'opinion commune. Balde reconnaissait également l'autorité de Jean d'André ; et le Panormitan ajoutait que si Jean d'André avait voulu se prononcer, les écrits de bien des commentateurs eussent été inutiles.

erreurs, il renouvelle l'observation jadis faite par Iac. Gothofredus : elles sont dues à l'absence, au défaut des notions historiques, au manque de sens critique. — Calvin, dans son *Magnum lexicon iuridicum*, au mot *Glossa*, constate le peu d'autorité dont jouit la Glose à la fin du premier tiers du XVIII^{me} siècle : *Quotidie in scholis et iudiciis glossas impugnari refellique videmus*. — Le dernier coup allait lui être donné avec la confection des Codes au XIX^{me} siècle.

(1) I. Menochius. *De praesumptionibus*. l. II. pr. 71. n. 19. — A. M. Coras. *l. c.* tit IX. n. 54.

(2) Cod. VII. 45. *De sent. et inter. omnium. iud.* l. 13. *Nemo*.

(3) Io. ab Imola. In c. un. *Olim*. X. II. *De litis contestatione*, 3. n. 1 s.

(4) P. Fagnani. In. c. 12. *Cum venissent* X. II. *De iudiciis*. l. n. 32.

(5) A. Reiffenstuel. *Prooemium*. § VIII. n. 142.

(6) Felinus Sandaeus. In c. 1. *Canonum*, X. I. 2. *De Constitut.* n. 54.

(7) A. M. Coratius. o. c. *l. c.* n. 18.

Un autre cas où ne s'appliquait pas nécessairement l'opinion commune était le fait d'un avis contraire soutenu par le maître du juge. Il faut respecter et aimer son professeur comme un père, disent les auteurs (1). D'autres ajoutent que l'étudiant doit commencer par croire en son maître. Nevizzano note toutefois en sens contraire que l'opinion commune étant présumée véritable, devait en conséquence être préférée (2). Quoiqu'il en soit, le juge qui suivait l'opinion de son maître était excusé au syndicat (3).

L'autorité d'un Saint, enfin, était telle, qu'elle prévalait sur l'opinion commune. Celle-ci ne jouissait en effet que d'une présomption de vérité, et, d'autre part, un texte authentique, le chapitre « Nonnulli » donnait aux paroles des Saints la valeur de la loi (4). Une seule condition était requise : leurs dires devaient être appuyés sur une citation de l'Ancien ou du Nouveau Testament (5). Mais, suivant Coratius, leur autorité ne s'étendait qu'aux matières spirituelles (6), celles qui concernent le péché, le serment, l'usure, par exemple, c'est-à-dire toutes matières où la compétence de ces saints docteurs est reconnue ; il ne semble pas raisonnable de l'étendre aux matières plus strictement légales. Il ne faut pas faire marcher au même pas le savoir et l'autorité, la présomption de vérité sur laquelle repose l'opinion commune n'est guère soutenable que lorsqu'il s'agit d'une matière où la compétence d'un auteur est reconnue.

La théorie de l'opinion commune est également limitée lorsqu'on peut invoquer contre elle des raisons qui semblent meilleures. Ainsi quand les docteurs lui opposent un avis fondé sur des motifs plus précis et meilleurs. Mieux vaut distinguer, disent les auteurs, afin de ne point confondre (7). De cette manière, on a plus de chances de s'approcher de la vérité en faveur de qui doit pencher la balance. D'ailleurs, il est permis de s'écarter d'une disposition législative dans ces circonstances, a fortiori peut-on s'écarter d'une opinion commune (8). Sans doute, elle a force de loi ou de coutume, néanmoins, il s'agit plutôt d'une assimilation que d'une qualité intrinsèque qui lui serait recon-

(1) A. M. Coratius. o. c. l. c. n. 31. — Cf. Ph. Decius, In c. 3. *Translato*. X. 2. *De const.* 2a lectura. n. 93.

(2) Coras. o. c. De poena contra communem iudicantium. *Inspectio* III. n. 31.

(3) Nevizzano. *Sylva nuptialis*. Pars quinta. n. 687.

(4) Coras. o. c. l. c. *ib.* n. 29. — Sur ce point encore, Coras n'admettait pas l'opinion plus communément reçue sous le prétexte que le principe « Communis opinio est lex, et ut lex servanda » était absolu. — Ph. Decius. In X. I. 2. *De const.* 3. *Translato*. 2a lectura. n. 93. Additio Hieron. Glig.

(5) *De poen.* Dist. I. c. 55. suivant Nevizzano. Lib. V. n. 66. — Plus justement Gl. ad. c. 1. *De libellis*. Dist. XX. v^o *aliorum*.

(6) A. M. Coratius. o. c. Quando communis opinio attendenda sit. n. 3.

(7) L. Deo auctore. 1. Cod. I. 17. *De vetere iure cunctando*. § *Sed neque*. — Cf. Coras. o. c. l. c. n. 87. — C'était d'ailleurs la tradition des écoles de droit en Italie. Voir E. Seckel. *Distinctiones Glossatorum* dans les *Festschrift. F. von Martitz*, p. 373, n. 5.

(8) Nevizzano. *Sylva nuptialis*. Pars IV. n. 748. Sexto nisi iudex ex causa recederet a communi, nam etiam a lege recedi potest...

nuc. Telle était la raison indiquée par l'Hostiensis, disant que l'opinion commune devait être invoquée à moins qu'elle ne puisse être raisonnablement convaincue d'erreur (1). La question posée était de savoir dans quelle mesure les héritiers d'un usurier étaient tenus à restitution : devaient-ils simplement rendre la part des biens acquis par usure qui leur avaient été attribués, ou bien étaient-ils tenus solidairement dans le cas d'insolvabilité de l'un d'eux ? L'opinion commune, au temps de l'Hostiensis, se prononçait en faveur de l'obligation solidaire. Mais le commentateur fait remarquer que celle-ci n'est prouvée par aucune loi et que d'autre part, la loi établissait explicitement une corrélation entre les biens acquis par l'usure et l'obligation de restituer. Le commentateur déclare cependant ne point oser aller à l'encontre de l'opinion communément reçue (2) : sa thèse finit néanmoins par l'emporter (3).

Dans le même sens, Fagnani prémunissait contre le péril de croire trop facilement à la découverte d'une raison suffisante, quelques siècles plus tard, pour s'écarter de l'opinion commune : il ne faut agir ainsi qu'en présence d'une raison certaine et convaincante (4). Toutefois, le juge qui, dans ces circonstances, délaissait l'opinion commune, ne s'exposait pas aux peines portées contre les prévaricateurs (5).

La Glose elle-même offrait un point d'appui à cette thèse, car elle disait au titre « De officio praesidis » que les gloses n'étaient utilisables qu'à condition d'être plus précises que les docteurs (6), raisonnement analogique sans doute, mais dont la valeur est indéniable.

Ainsi, la doctrine mettait l'accent sur le caractère de présomption qui était à la base de toute la théorie : il fallait suivre et respecter l'opinion commune, à moins que ne soit détruite la présomption de vérité sur laquelle elle reposait. La découverte d'une raison meilleure et plus approfondie procurait seule un argument suffisant.

La faveur dont jouissait le mariage (7), était une raison suffisante pour s'écarter d'une opinion commune. Cette possibilité est déjà notée par l'Hostiensis et tenue par lui pour sûre et certaine (8), à la seule condition que cette opinion n'ait pour elle aucun texte de loi. Ce com-

(1) Hostiensis. *Lectura. In c. Canonum. 1. X. I. de constitut. 2. v. suo sensu. ...Verum communis opinio semper sequenda est nisi notorie maledicat vel rationabiliter vincatur* — Tous les commentateurs reprennent ensuite cette même restriction au même endroit.

(2) Hostiensis. O. c. In c. 9. *Tua nos. X. V. 19. De usuris. v. cogendi.* — Panormitanus. *In X. Ib. n. 7.*

(3) Panormitanus. *Ib. n. 7.*

(4) Fagnanus. *In c. 5. Ne innitatis. X. I. De Const. 2. n. 255 ss.*

(5) A. M. Coratius. O. c. *Communis opinio quando attendenda sit vel non.* n. 94.

(6) Gl. *Sed licet.* Dig. I. 18. *De officio praesidis. 12. Sed licet,* et la Gl. litt. margin. Les auteurs apportaient également en confirmation de leur thèse un passage tiré de la l. 2. *Tanta.* Cod. I. 17. *De vetere iure enucleando.*

(7) Suivant l'axiome « *Matrimonia gaudent favore iuris* ». — M. A. Coratius n'admettait pas cette opinion, mais l'opinion plus commune était contre lui. O. c. l. c. n. 112.

(8) Hostiensis. *Lectura. In c. 2. Si vir. X. IV. 2. De cognat. spir. v° Aliter.*

mentateur en donnait un exemple au chapitre « Si vir ». Le cas posé au Pape Alexandre III était le suivant : l'un des époux a tenu son fils sur les fonts baptismaux et a contracté de ce fait avec lui un lien de paternité spirituelle. Or, cette paternité spirituelle était aussi un empêchement dirimant, qui s'étendait aux parents selon la chair. Fallait-il donc séparer les époux ? Au témoignage de l'Hostiensis, la plupart des docteurs l'affirmaient, d'autres, au contraire, le niaient, se fondant sur des textes du Décret (1). Le Pape leur donna raison (2). L'Hostiensis en déduit qu'il faut toujours juger en faveur du mariage, sauf quand la loi est formelle en sens opposé (3).

La faveur dont jouissaient les testaments (4), la liberté (5) et quelques autres matières (6), permettait au juge de donner des solutions semblables.

Tels sont les traits principaux de cette théorie de l'opinion commune dans l'ancien droit. Certains points peuvent prêter le flanc à la critique, telle l'importance attribuée à la Glose, le chiffre réduit requis pour constituer une opinion commune, l'assimilation de celle-ci à la loi ou à la coutume (7).

On ne peut toutefois nier le bien-fondé de la théorie en général. Une présomption de vérité s'attache à l'opinion embrassée par la majorité de la doctrine ; si cette présomption se trouve manifestement contraire à la vérité, le tribunal peut ne plus tenir compte de cette opinion commune. Ainsi la porte reste ouverte à la sagacité des juges, car toute présomption doit céder devant la réalité.

(1) Gl. *statuerunt*, in c. 2. *Si vir*. X. IV. c. 1. *De cognatione spirit.* Elle cite les chapitres *Dictum*. 4., *De eo*. 5, et *Ad limina*. 7. de C. XXX. q. 1.

(2) Gl. *Si vir*. «Alteram partem» approbat (Pontifex) — Voir le texte du même chapitre.

(3) Coras. o. c. l. c. n. 109.

(4) Coras. *Ibidem*. n. 109.

(5) Coras. *Ib.*

(6) Coras. *Ib.* n. 109. «piaae causae, doti vel simili ; n. 85. Quando contraria favet potestati clavium. — Voir F. Sandaeus. In c. *Canonum*. 1. X. I. *De const.* 2. n. 54 s. — A. Gaill. *Obs. practicarum*. II. 39.

(7) Les auteurs ajoutent encore quelques autres limitations au principe posé plus haut de la force obligatoire des opinions communes. Elles sont cependant toutes fondées sur les principes fondamentaux de l'interprétation et ne concernent donc pas immédiatement la théorie de l'opinion commune. Ainsi Nevizzano rappelle que l'opinion équitable doit prévaloir sur celle qui est rigoureuse, qu'une opinion injuste ne doit pas être suivie ; cf. o. c. l. c. n. 736. s. et 749. — A. M. Coras, *ib.*

CHAPITRE IV

Le rôle juridique des opinions communes et ses abus

Le rôle de la doctrine est très important en matière juridique puisqu'il lui incombe dans une certaine mesure l'interprétation et l'application des lois aux hypothèses que présente la vie sociale (1). Aussi, a priori, les doctrines communes ont-elles dû tenir une grande place dans la vie juridique. Retracer brièvement l'influence de cette théorie sur la législation, sur la pratique juridique, puis les critiques qui ont été formulées contre les abus de cette dernière est l'objet du présent chapitre. Il ne suffit pas de construire une belle théorie : bien des édifices paraissent admirables et s'avèrent inutilisables à l'usage. Comment apprécier la thèse de l'opinion commune ? quels effets a-t-elle produits sur la législation, sur la doctrine et la pratique judiciaire ? à quels abus s'est-elle laissée glisser ?

§ I. — L'OPINION COMMUNE ET LA LÉGISLATION CANONIQUE

L'opinion commune a-t-elle eu une influence sérieuse sur la législation ?

L'influence sur le Code actuel est plus visible que dans la législation antérieure, mais dans un cas comme dans l'autre, elle est indéniable. Elle a certainement eu une grande influence sur la rédaction du Code de Droit canonique. Pour nous borner aux canons des « *normae generales* », nombreuses sont les dispositions législatives sur lesquelles s'était réalisée l'unanimité de la doctrine et qui n'avaient fait précédemment l'objet d'aucune disposition légale. Le meilleur exemple qui en puisse être donné et le plus évident, est précisément le canon 20 dont nous avons entrepris l'étude. Sans doute, les dispositions qui concernent

(1) F. Gény. *Méthode*, II. p. 53 s. — R. Demogue. *Notions fondamentales*, p. 225. — A. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, p. 15 s. — E. Meynial, *Rôle de la jurisprudence et de la doctrine*. — V. Bethmann-Hollweg. *Der Civilproz. der gem. Recht*. Vol. IV. p. 103.

l'analogie ont été prises au droit romain (1). De ce fait, elles étaient admises par le droit canonique que suppléait la législation romaine suivant une doctrine communément reçue. Mais les dispositions relatives au style et à la pratique de la Curie Romaine, ainsi qu'à l'opinion commune des docteurs, sont de création exclusivement doctrinale.

En ce qui concerne la pratique de la Curie Romaine, on pourrait objecter qu'elle a emprunté son caractère obligatoire au droit coutumier, et qu'en conséquence, elle ne fut pas, à strictement parler, imposée par la doctrine. Et cependant le caractère obligatoire du style, comme en bien d'autres cas, est d'origine doctrinale. L'*opinio necessitatis* s'est imposée à la suite de l'unanimité qui s'était faite dans le corps des docteurs : il faut donc en fin de compte revenir à l'opinion commune.

Un autre exemple est fourni par le canon 25 sur la nécessité du consentement du législateur pour l'existence d'une coutume, nécessité qui est une pure création de la doctrine, comme l'a mis en lumière M. Van Hove (2). Aucun texte de droit romain, ni de droit canonique, ne formulait cette exigence, et cependant les glossateurs aussi bien que les décrétistes furent d'accord pour en faire un élément essentiel de la coutume. Le texte du Code est la première disposition législative sur ce point.

La même observation pourrait être faite sur bien d'autres canons. La raison de cette influence de l'opinion commune des docteurs sur le nouveau code est vraisemblablement qu'il embrasse l'ensemble des matières canoniques. Pour la première fois, la législation canonique toute entière a fait l'objet d'une réglementation unique (3). Toutes les matières ont été passées en revue et mises au point, si l'on se rapporte à l'époque antérieure, force est bien de reconnaître que des dispositions législatives ou authentiques faisaient défaut sur de nombreux points. Le recours à la doctrine pour combler les lacunes se trouvait donc indiqué.

Peut-on admettre la même influence de la théorie de l'opinion commune sur la législation ancienne : sur les Décrétales, le Sexte, les Clémentines, les Extravagantes et le Concile de Trente ?

Si l'on recherche l'influence de la doctrine ou mieux d'une doctrine déterminée, la réponse n'est pas malaisée. Le Pape fut souvent obligé de trancher un litige existant entre les docteurs : ainsi Innocent III à propos des relations avec un excommunié (X. V. *De sent. exc.* 39, c. 31. *Inter alias*), à propos de l'appel fait par un excommunié au tribunal archiépiscopal (X. V. *De sent. exc.* 39, c. 40. *Per tuas litteras*) ; de même Alexandre III, dans la décrétale « Si vir », au sujet de la

(1) Voir plus haut, Troisième Partie, Chapitres I, II.

(2) A. Van Hove. *De consensu legislatoris*, p. 6 s.

(3) Sur l'état du droit canonique à la fin du XIX^{me} siècle, voir le Card. P. Gasparri. *Praefatio in CIC*. pp. XXX ss. L'objet de la codification est exactement déterminé par le Card. P. Gasparri. *Praefatio in CIC*. pp. XXXII ss.

compaternité spirituelle existant entre époux. (X. V. *De cogn. spir.* 2. c. 2).

Il est plus difficile d'alléguer des textes de Décrétales qui sanctionnent une opinion communément reçue. On peut en trouver cependant, ainsi dans le chapitre du « De Summa Trinitate » des Clémentines. A notre connaissance toutefois, le cas se présenta plus rarement. Il est facile d'en découvrir la raison. Comme il était admis dès cette époque que l'opinion commune de la doctrine avait force de loi, il était inutile de la sanctionner légalement. N'aurait-ce pas été porter de l'eau à la rivière ? Ainsi peut-on expliquer l'influence médiocre de l'opinion commune sur des recueils postérieurs aux Décrétales.

§ II. — L'OPINION COMMUNE ET LA PRATIQUE

L'influence des opinions communes fut bien plus considérable dans le domaine de la pratique, tant doctrinale que judiciaire.

Il était admis depuis l'Hostiensis que l'opinion commune devait être suivie. Bartole lui avait fait produire les mêmes conséquences qu'à la loi au point de vue des sanctions que son inobservation entraînait pour le juge. Balde enfin l'assimilait à la coutume. Cette double identification la mettait sur le même pied que la loi ou la coutume.

D'autre part les interventions législatives des Papes se font avec le temps plus rares, et la question de preuve était un obstacle au recours à la coutume. Les opinions communes présentaient par contre des avantages considérables : elles réalisaient pleinement cette adaptation du droit à laquelle le juge est toujours tenu d'aboutir : les juriscultes donnaient aux problèmes de leur temps une solution trouvée dans des constitutions pontificales et dans les lois romaines, il n'était donc plus nécessaire aux juges de recourir à celles-ci. Elles offraient aussi l'incontestable avantage de pouvoir être facilement établies : l'enseignement des docteurs et maîtres était aisé à connaître.

Aussi, la pratique ne tarde-t-elle pas à utiliser largement cette théorie. La voie fut ouverte par les professeurs eux-mêmes. Les cours ne se passaient plus à commenter les Décrétales ou les lois romaines (1). Seules les opinions communes offraient matière à discussion : les docteurs s'attardaient à les attaquer et à les détruire (2). Cette négligence dans l'étude des sources mêmes du droit ne devait pas tarder à porter ses fruits. Les professeurs et à leur suite les juges se contentent d'alléguer les auteurs soutenant telle ou telle opinion. Leur seule préoccupation paraît être de trancher les questions par le nombre des autorités qu'ils

(1) 'B. Brugi, t. IX, pp. 88, 116.

(2) B. Brugi, o. c. pp. 116, 128.

peuvent apporter en faveur de leur thèse (1). Sans doute, les lois sont encore citées ainsi que les canons et les gloses, mais elles ne sont citées qu'à raison de l'appui qu'elles donnent à telle ou telle doctrine : on ne les étudie plus pour en découvrir le sens intime et profond, pour en dégager les règles de droit. Elles ne forment plus le cadre des conseils ni des jugements. Les auteurs se contentent de recueillir les opinions de leurs devanciers ou de leurs contemporains, en vue d'établir une opinion commune qui entraînera pour le juge, du moins ils l'espèrent, avec une certitude morale jointe à la menace des condamnations, l'obligation de juger conformément à leur thèse. Les collections d'opinions communes ne tardent pas à se multiplier : la première est celle de Iulius Clarus (2), suivie de celles d'Antonius-Maria (3), d'Azzoguida (4). Et comme il est facile de trouver bon nombre d'auteurs qui suivent des opinions différentes sur des points identiques, aux collections d'opinions communes se joignent bientôt les collections d'opinions communes contraires les unes aux autres (5). La première fut l'œuvre de Caevallus au début du XVII^{me} siècle. Il rapporte en quatre volumes neuf cent six opinions communes opposées sur les différentes matières juridiques (6). L'affirmation de Hotomanus pouvait vraiment être mise en exergue : tout y était nié et discuté. Le serment extorqué par crainte était-il nul de plein droit ? (7) quelqu'un pouvait-il en droit canonique acquérir par l'intermédiaire d'autrui ? (8). Est-ce qu'en droit canonique les *pacta nuda* engendrent une obligation juridique ? (9). D'autres matières se rapprochant un peu plus de la morale étaient également l'objet de discussion : le prince a-t-il le droit de priver quelqu'un de sa propriété ? (10) ? peut-il le faire même sans motif ? (11) quand il n'est pas certain

(1) Uld. Zasius. *Singularium respons.* lib. II. c. 1. n. 27. — Et surtout le témoignage de I. B. de Luca. *De iudiciis*. Disc. XXXV. n. 84. Au n. 78 du même discours, il remarquait que cette question fut surtout agitée à la fin du XVI^{me} siècle et au début du XVII^{me}. — Voir, sur ce point, B. Brugi. o. c. l. c. p. 19.

(2) Suivant A. M. Coratius qui cite, sans toutefois indiquer de date, les *Receptae sententiae*. o. c. Ignorantia communis opinionis an excuset a poena recedentes ab ea. n. 13. — Stintzing, par contre, met en premier lieu un recueil d'un certain Francisc. Tursanus publié en 1557. *Geschichte*, p. 604.

(3) Voir ceux qui sont cités par A. Barbosa. *Collectanea Doctorum*, t. V. Index. IV.

(4) Maccagnina de Azzaguidis.

(5) Navarrus. *Manuale confessorum*. c. 27. n. 289.

(6) La plus ancienne édition portait comme titre « Speculum practicarum et variarum quaestionum communium contra communes » (Toled. 1599-1600). L'édition de Venise datée de 1604 porte le titre plus commun de « Speculum aureum ». — Dans les deux premiers livres, cent cinquante-quatre questions sont consacrées aux actes de dernière volonté, soixante-et-onze aux délits, cent quarante-six aux jugements, deux cent soixante-huit aux contrats et cent soixante-trois concernent les matières strictement canoniques.

(7) Qu. 604. Utrum iuramentum metu extortum sit ipso iure nullum.

(8) Qu. 574. Utrum alteri per alterum iure canonico acquiratur ?

(9) Qu. 543. Utrum de iure canonico ex pacto nudo oriatur actio ?

(10) Qu. 577. Utrum princeps de plenitudine potestatis possit absque causa aliquem dominio suae rei privare ?

(11) Qu. 178. Utrum princeps cum causa possit alteri dominium tollere ?

qu'une guerre est juste, faut-il s'en tenir à l'affirmation du prince et de ses conseillers ? (1).

Cette importance du rôle des opinions communes se traduit dans la présentation des ouvrages de droit : les éditions faites au XVI^{me} siècle des œuvres de nombreux juriseconsultes indiquent dans les marges par un signe caractéristique les opinions communes (2). Leur influence fut capitale dans la formation du *ius commune* italien (3).

Finalement les docteurs en étaient arrivés à ne plus tenir compte de l'autorité dans l'estimation d'une opinion commune : le chiffre seul des docteurs importait (4).

Ils omettaient même de considérer les canons et les lois (5).

Dans le domaine judiciaire, parallèlement, on pouvait parler d'une véritable tyrannie des opinions communes (6) : les juges se trouvaient strictement dans l'obligation de juger suivant l'opinion la plus commune ou simplement commune.

§ III. — LES ABUS DE LA THÉORIE

L'influence de cette théorie fut considérable surtout aux XV^{me}, XVI^{me} et XVII^{me} siècles. Les abus qu'elle entraîna soulevèrent de nombreuses critiques qui n'étaient pas toutes dépourvues de fondement.

Les premières furent formulées au moment de la renaissance des études juridiques. Alciat n'allait-il pas jusqu'à dire : c'est une opinion commune, par conséquent, elle est fausse (7). Cette critique acerbe trouvait son fondement en ce que, de fait, les juges, sans prendre la peine d'examiner les opinions de leurs prédécesseurs, les suivaient aveuglément, se contentant même d'une simple allusion en faveur d'une opinion. On comprend dès lors le reproche que leur adressait Alciat de suivre leurs prédécesseurs comme des grues (8), sans prendre garde à la direction que ceux-ci avaient suivie.

Telle était la pratique des auteurs, mais elle n'était pas l'application de la théorie qu'ils professaient eux-mêmes : tous avaient soin de préciser qu'une opinion commune n'avait de valeur qu'à condition d'être traitée *ex professo*.

Ils en étaient arrivés, suivant Zasius, à fonder les opinions com-

(1) Qu. 578, n. 27. Quando non est certum an bellum sit iustum, debeamus stare principis et eius consiliariorum declarationi.

(2) D'autres mettaient en italique le mot « communis » afin de faciliter les recherches.

(3) Sur le rôle joué par les opinions communes dans la formation du *Ius commune* en Italie, voir E. Bussi. *Intorno al concetto di diritto commune*, pp. 53-63.

(4) Il s'agit ici de la pratique. Sur le point de vue théorique, voir plus haut p. 280.

(5) P. Laymann. In c. 1. *Canonum*. X. I. 2. *De constitutionibus*, n. 20. 1°.

(6) Besold. *Thesauri*, p. 797, n. 20. — L. Muratori. *Dei difetti*, p. 30 s.

(7) Uld. Zasius. *Singular. responsionum*, lib. II, c. 1, n. 27. *Opiniones communes plerumque falsae*.

(8) Panormitanus, c. 59. *Ut debitus*. X. II. 28. *De appellationibus*, n. 22. — Ph. Decius. *Consilia*, 494, n. 15.

munes sans tenir compte des lois (1). C'est aussi le reproche, au XVII^{me} siècle, du Cardinal de Luca (2), qui s'élève avec indignation contre le rôle excessif des opinions communes : certains n'allaient-ils pas jusqu'à donner raison aux opinions communes tout en reconnaissant à part eux leur erreur (3).

Ce reproche devait être adressé bien plutôt aux docteurs qu'à la théorie elle-même : il avait toujours été admis depuis l'Hostiensis que l'opinion commune ne devait pas être suivie nécessairement quand un auteur avait de solides raisons de décider contre elle. Une telle aberration est donc imputable aux docteurs et non point à la doctrine.

Au XVIII^{me} siècle, Muratori (4) réitérait les mêmes remarques, au point, disait-il, que les docteurs sont devenus de véritables législateurs (5). Il insistait surtout sur le peu de stabilité de ces opinions communes : elles naissent, croissent et meurent, disait-il (6). Et il concluait qu'elles étaient uniquement fondées en dernière analyse sur l'intérêt que peuvent avoir certains avocats, juges ou conseillers, à les soutenir ; le nombre de ceux à qui elles peuvent être utiles croît et les voici devenues opinion commune depuis qu'elles ont réuni le chiffre de docteurs requis par la théorie.

Il donnait un exemple tiré de Raphaël Fulgosius. Avant lui, sous le nom de descendants mâles, en matière testamentaire, on entendait exclusivement les descendants par voie masculine. Dans son conseil 85, Fulgosius remarque que les mots « descendants mâles » peuvent très bien s'entendre aussi des descendants mâles s'ils viennent d'un ancêtre commun par l'intermédiaire d'une ligne féminine. De cette manière, une succession peut aussi être attribuée aux descendants par les femmes. Fulgosius donnait comme raison le manque de précisions dans le texte du testament : le testateur aurait dû exclure nommément les lignes féminines. L'on pouvait et même l'on devait donc légitimement comprendre ces dernières. Il s'agissait en effet d'une matière considérée comme favorable et qu'il fallait par conséquent interpréter largement suivant les principes. Il apportait en confirmation l'Authentique *De haeredibus ab intest.* qui ne distingue pas entre les héritiers de souche masculine ou féminine.

Toutes ces raisons, fait remarquer Muratori, sont absolument dépourvues de fondement et dénotent chez celui qui les produit l'igno-

(1) Uld. Zasius ajoute après le passage cité dans la note « nisi iuris scripti veritas eas ornet ».

(2) I. B. de Luca. T. XV. *De Iudiciis*. Disc. XXXV. nn. 78 sq. 84. — *Dello stilo legale*, c. 6. n. 7 ; c. 7, n. 20. — T. XIII. *De Iurepatronatus*. Disc. XX. n. 9.

(3) U. Zasius. *De origine iuris*. Lib. II. p. 149. n. 20. ...sequi oportere censent etiam ubi suspicentur veritatem iuris esse in contrarium. — Besold. *Theauri*. P. 797. n. 20. Aliqui (pauci) tantum eam extollunt ut supra legem veritatemque valeat, etiamsi contraria sententia sit verior. Vivius op. 398, n. 60.

(4) *Dei difetti*, p. 34. Sur le milieu juridique dans lequel il vivait, cf. B. Donati, L.-A. Muratori e la giurisprudenza del suo tempo.

(5) Idem. ib. p. 32 s.

(6) Idem. ib.

rance de la législation en vigueur. D'abord, le testateur n'était pas obligé d'exprimer qu'il s'agissait uniquement de descendants mâles par les mâles, puisque telle était l'opinion commune. En second lieu, les lois alléguées en confirmation ne traitent nullement le point mis en question : elles concernent les descendants en général ; or, ce n'est pas de ceux-ci qu'il s'agit, mais de l'interprétation à donner de l'expression « descendants mâles ». La doctrine exacte ne pouvait donc laisser place au moindre doute. Ceci n'empêcha nullement les docteurs d'emboîter le pas à Fulgosius et de faire triompher sa thèse (1).

Les vives critiques (2) dirigées contre la théorie de l'opinion commune atteignent donc plutôt les juges ou les docteurs qui n'ont pas respecté les principes qu'ils posaient eux-mêmes ; ils ont au moins manqué d'esprit critique pour découvrir les sophismes sur lesquels ils édifiaient leurs propres raisonnements. Mais elles ne sauraient nuire à la théorie elle-même.

La seule objection recevable qui ait été faite est celle de Muratori se plaignant légitimement et des changements d'opinion commune et de l'opposition des opinions communes entre elles. Là, en effet, se trouve le point faible de la théorie : on a admis que six ou sept auteurs de grande autorité suffisaient à la constitution d'une opinion commune, puis les docteurs ont négligé la question de leur autorité pour ne plus retenir que l'exigence du nombre (3).

Mais une opinion peut-elle être commune si elle ne compte qu'un nombre si restreint d'auteurs ? Evidemment non, faisait déjà remarquer Suarez, ce qui seul légitime l'opinion commune, c'est la certitude morale que confère l'unanimité de la doctrine.

De fait, ces abus ont été reconnus tels que le rôle des opinions communes, quoique indispensable (4), s'est trouvé considérablement amoindri au XIX^{me} siècle (5).

(1) Ib. p. 38.

(2) Benoît XIV, dans une lettre « Redditæ » du 5. XII. 1744, se vit contraint de reprendre l'archevêque de S. Dominique qui les tenait pour négligeables. — Sur les restrictions apportées en Bavière et en Prusse notamment, au XVIII^{me} s., voir O. Stobbe, *Handbuch*. § 24, et la note 12 ; § 15 et la note 6. — La tendance en faveur de la force impérative de la *communis opinio* se maintenait pourtant avec Maurenbrecher. *Lehrbuch*. I. p. 34 s.

(3) I. B. de Luca. T. XV. *De Iudiciis*. Disc. XXXV. n. 84.

(4) L'importance du rôle raisonnable qu'elles jouent ne peut pourtant être mis en doute : il apparaît pour la doctrine par exemple dans L. Ferraris. *Prompta bibliotheca*, passim ; et, pour la pratique, dans les décisions de la Rote antérieures à la promulgation du Code, passim.

(5) I. A. Zallinger. *Institutionum. Liber subsidiarius*. c. IX. n. 137-147. — I. d'Annibale. *Summula*, p. 94, note 18. — F. X. Wernz. I. p. 145, n. 186. — J. B. Sägmüller. *Lehrbuch*. § 24, p. 115. — F. v. Schulte. *KR*. I. p. 158, donne à la théorie de l'opinion commune en matière juridique une importance identique à celle du probabilisme en matière morale. Cette observation ne vaut que pour les conclusions déjà reçues aux siècles précédents. Par contre, certains l'exaltèrent. Schweikert. *Zeitschrift f. Civ. und Proz.* IV. p. 331 s. — Walter. *Kirchenrecht*. § 62 a. — Ancelet. *Quelques réflexions*, dans *Rev. critiq. de légis. et jurispr.*, 1855. t. VII. p. 193 s. — Cf. G. F. Puchta. *Das Gewohnheitsrecht*, p. 161-167. — Sur la tendance de l'Ecole historique allemande à rattacher la doctrine au droit coutumier, cf. F. Géný. *Méthode*. II. p. 60 s.

CHAPITRE V

La théorie de l'opinion commune après le Code

Qu'entend le Code par « opinion commune des auteurs » ? A quelles conditions lui attribue-t-il une valeur ? Quelle est cette valeur ?

L'opinion commune des docteurs consiste dans l'avis de l'unanimité de la doctrine sur un point de droit. Cette unanimité morale est indispensable. Le fondement de cette théorie le prouve. Elle est en effet basée sur une présomption de vérité. Mais quelle peut donc être la force de cette présomption si un certain nombre d'auteurs refusent leur assentiment ? D'autre part, telle semble bien être le sens du droit ancien : la glose du Décret demande cette unanimité en des termes dépourvus de toute ambiguïté (1). Il semble bien ainsi que tous les textes du Décret ou des Décrétales qui ont été utilisés par la doctrine pour l'élaboration de cette théorie requièrent, sinon l'unanimité, du moins la majorité des auteurs. Tous parlent de la plupart des auteurs (2).

En dernier lieu, les abus indiscutables auxquels a donné lieu la pratique contraire impose l'unanimité morale pour l'établissement d'une opinion commune. N'est-ce pas une aberration que de voir se dresser des opinions communes les unes contre les autres. Le simple bon sens prouve que si une opinion est commune, elle ne peut avoir contre elle une autre opinion commune, et, a fortiori, une opinion plus commune. Sinon, elle n'est plus commune : il ne peut y avoir à la fois deux opinions communes, une seule l'est, ou bien il n'y en a pas du tout. Il peut y en avoir une plus communément partagée, mais rien au-delà : c'est l'évidence même. Pour avoir été amené à le nier, il faut s'en être tenu au sens littéral des mots sans prendre garde à leur esprit, ou au contexte (3). D'ailleurs la tradition romaine et les canonistes du XIII^{me} siècle tenaient cette position. Il a fallu les excès du XIV^{me} et du XV^{me}.

(1) Voir plus haut pp. 269 s.

(2) Voir plus haut pp. 264 s.

(3) A. Van Hove (*o. c. II*, p. 318), et A. Toso (*o. c. I*, p. 63) rappellent l'antique règle de six docteurs suffisants pour constituer une opinion commune. — G. Michiels ajoute (*o. c. I*, p. 477, note 3) : *sufficiunt, si alii doctores non contradicant*. Mais alors, à quoi bon cette détermination ?

siècle pour découvrir une thèse différente. Aussi, nous semble-t-il difficile d'admettre le chiffre de six auteurs encore rappelé par certains auteurs, comme suffisant à constituer une opinion commune. La multiplication des ouvrages rend vain tout essai de ce genre : mieux vaut s'abstenir de toute détermination sur ce point.

Deux conditions sont ensuite requises pour que cette opinion commune doive être suivie par le juge. Ces conditions sont exigées l'une par le texte même de la loi et l'autre par la nature de l'opinion commune.

L'opinion commune doit être constante. Elle doit être tenue pour telle depuis un certain temps. Cette exigence tend à fortifier encore la présomption de vérité, fondement de toute la théorie. Elle ne requiert point les conditions de la coutume : celle-ci, en effet, possède force de loi, et la question résolue par le canon 20 ne se poserait pas si une doctrine se trouvait sanctionnée par le droit coutumier. Un certain temps est donc requis qui ne peut aller jusqu'à convertir une opinion commune en coutume. Il est toutefois difficile de préciser davantage cette constance requise pour accroître la force d'une opinion commune (1).

En outre, n'entrent en ligne de compte que les docteurs qui ont traité la question *ex professo*. Cette exigence est trop naturelle pour n'avoir pas été maintenue. On ne saurait admettre comme commune une opinion qui aurait été énoncée incidemment, sans un examen sérieux et approfondi. Ainsi, l'ancien droit ne tenait-il compte que de l'enseignement donné dans les cours à l'exclusion des conseils ; on craignait, et avec raison, la partialité, même involontaire, des auteurs.

Toutes ces conditions réalisées, la présomption de vérité en faveur de la thèse soutenue par une opinion commune de la doctrine paraît solidement établie et inattaquable : il ne semble y avoir aucune raison de lui refuser ou même de lui marchander toute créance.

Quelles sanctions juridiques attribuer à l'opinion commune ainsi constituée ? Il n'y a aucun doute que les effets lentement élaborés par la doctrine ont disparu : aux parties restent les voies de recours ordinaires et extraordinaires prévues par la loi. On ne peut plus tabler sur les peines infligées jadis aux juges qui se rendaient coupables d'impéritie dans leurs sentences : ils ne sont plus responsables qu'administrativement. Ils ne pourraient point être condamnés à indemniser la partie déboutée. Tout cet édifice a disparu, tant par désuétude qu'avec l'abrogation totale de l'ancienne législation. Les seules voies de recours sont celles qui sont prévues au livre *De processibus*.

Il reste donc l'obligation pour le juge de rendre la sentence conformément à l'opinion commune, si celle-ci existe vraiment. Cette obligation n'est cependant pas absolue. Les docteurs avaient admis jadis communément que le juge pouvait déroger à une opinion commune en se

(1) Voir plus haut p. 284.

fondant sur une raison meilleure (1). Il n'y a aucun motif de penser que la législation nouvelle se soit écartée sur ce point de la doctrine ancienne. Bien au contraire, une fois posée la présomption de vérité sur laquelle repose toute la théorie, cette présomption n'est certainement pas irréfragable, elle doit céder le pas aux raisons qui en affaibliraient la force. Il a été admis que la loi elle-même voyait son empire limité à la raison de droit qui lui servait de base, a fortiori doit-on donner la même solution pour l'opinion commune. Inutile d'ajouter que cette limitation ne doit pas être facilement admise, étant données toutes les garanties qu'offre la théorie telle qu'elle se présente dans le nouveau droit.

Ainsi, le juge trouvera, après la jurisprudence (2), dans la doctrine le secours dont il a besoin pour éviter, autant que faire se peut, tout arbitraire. Sans doute, le rôle des opinions communes ne semble-t-il pas, au moins immédiatement, devoir être aussi important que dans le passé (3) : l'aide qu'elles apporteront au juge ne sera plus une insupportable tyrannie. Les juges conservent entière leur liberté d'appréciation d'autant qu'aucun effet juridique spécial n'est attaché immédiatement à la violation de la loi, de ce canon 20. Le Code a ainsi su maintenir la part d'influence qui revient aux doctrines communes, et cette part est grande ; mais il a tenu à libérer la justice des entraves que ces opinions communes lui avaient apportées dans le passé. Le juge devra cependant les considérer attentivement car elles formeront pour lui une règle ou une norme dont il ne serait pas prudent de s'écarter. Tel est d'ailleurs également l'intérêt des justiciables et des avocats. Le Droit ne doit pas seulement être juste et équitable, mais il doit être aussi fixe. Les opinions communes donnent à ce que les lois n'ont pas déterminé la certitude qui manque avec le maximum de chances d'y joindre la justice.

(1) Sur la solution admise en droit romain, voir F. de Visscher, *La jurisprudence romaine*, dans *Mélanges Gényn*, I, p. 40.

(2) Sur la tendance identique actuelle du droit allemand, cf. F. Gényn, *Méthode*, II, p. 69 s. — En droit belge, P. Van der Eycken, *Méthode*, p. 179 s. — En droit français, F. Gényn, *Méthode*, II, p. 56 et note 2. — Carré de Malberg, *Origines*, dans *Mélanges Gényn*, I, p. 197 s., qui paraît réagir contre la tendance la plus communément suivie à l'époque actuelle ; cette question de délimitation est difficile à trancher : la séparation est autant à éviter que le mélange des domaines.

(3) La question des rapports de la doctrine et de la jurisprudence a été soulevée en France au début du XX^e siècle. Par réaction, A. Esmein (*La jurisprudence et la doctrine*, *Rev. de dr. civil*, 1902, p. 11 s.) et E. Meynial (*Recueils d'arrêts et arrêtières*, *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 177) réduisaient la doctrine à l'étude de l'évolution jurisprudentielle. — En droit canonique, pareil écueil semble avoir été évité ; comme nous l'avons vu, la plupart des grands commentateurs n'étaient pas des théoriciens, mais faisaient partie des tribunaux romains. Il en est encore ainsi à l'époque actuelle. Sur cette question des rapports entre la jurisprudence et la doctrine, voir une excellente mise au point de H. Capitant, *De la cause*, p. 305.

CONCLUSION

Quelles conclusions tirer de cette étude sur les pouvoirs du juge ? Nous nous sommes posés au début la question de savoir quelle est la réponse apportée par le droit canonique au double problème actuellement discuté avec ardeur par les juristes : le domaine de la loi est-il illimité ? Quelle est l'étendue des pouvoirs du juge ?

D'abord la loi ne s'étend pas indéfiniment. Elle doit être respectée, mais son domaine n'est pas sans borne. Il ne dépasse pas l'esprit joint aux termes de la loi.

Le juge doit, dans cette mesure, assurer intégralement l'application de la volonté législative, compte tenu de sa *ratio* et donc de sa fin, si elle est connue avec certitude.

Quand la loi n'existe pas, deux hypothèses peuvent se présenter :

ou bien la loi, quoiqu'ayant prévu le cas, n'a certainement pas entendu le résoudre si rigoureusement en raison de circonstances spéciales, dans cette hypothèse, la loi peut être adoucie ou très exceptionnellement aggravée ;

ou bien le cas n'est nullement prévu. Le juge le résoudra alors en faisant appel à sa *ratio*, c'est-à-dire, en tenant compte des divers éléments dont la considération doit influencer sur la solution. Celle-ci sera autant que possible intégrée dans le corps juridique positif, en utilisant l'analogie et les principes généraux.

Enfin, le juge sera guidé dans son travail, en premier lieu, par le style de la Curie Romaine, puis par l'opinion commune de la doctrine, desquels il ne lui serait permis de s'écarter que pour des motifs très sérieux.

Telle nous paraît être la doctrine du Code de droit canonique comme elle ressort du canon 20 et de l'histoire des institutions qui y sont consacrées.

On y remarquera tout spécialement l'importance donnée à l'équité, base aussi bien de l'analogie que des principes généraux. Cette équité, on l'a noté, n'est pas une équité imaginaire, livrant l'individu à l'arbitraire du juge.

L'auteur anonyme de la *Summa Codicis* représente dans sa préface la Justice entourée des Vertus morales : elle tient sur son sein l'Equité, principe de Charité qui doit assurer à tous cette égalité à laquelle ils aspirent. L'Eglise Romaine paraît, dans l'ensemble, être restée fidèle à cette tradition, à cette *ratio scripta*, chef-d'œuvre de sagesse humaine, et consacrée dans ses traits généraux par la Révélation dont elle est l'infailible interprète.

Lille, le 12 mai 1938.

Vu, le Président de la Thèse :
G. LE BRAS.

Vu, le Doyen : E. ALLIX.

Vu et permis d'imprimer,
le Recteur de l'Académie de Paris :
ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — MANUSCRITS

- Guilelmus DE CUGNO (... 1314-1335) (1). — *Commentarium ad Dig. vetus.* Vienne. 2257.
- Guy DE SUZE (1260-1293). — *Glossae ad Dig. vetus.* Paris. B. N. Fonds lat. 4488.
- *Glossae in Codicem.* ib. 4489.
- Huguccio FERRARIENSIS (+ 1180). — *Summa in Decretum.* Paris. B. N. Fonds latin. 3891.
- *Idem.* Cod. Vaticanus. 2280.
- Ioannes BASSIANUS (+ 1190). — *Lectura Codicis.* Naples. Brancacciana. IV. D. 4.
- *Lectura in Digestum.* Bruxelles. Bib. Roy. 2558. (131-34) 2.
- Lambertus DE SALINIS (c. 1300). — *Distinctiones.* Paris. B. N. Fonds latin. 15. 424-14.328.
- Petrus DE BELLAPERTICA (+ 1308). — *Lectura Codicis.* Cambridge. M. Peterhouse. n. 34.
- Petrus DE SAMPSONE (+ 1180). — *Summa Decretalium.* Paris. B. N. Fonds latin. 3972.
- Roffredus BENEVENTANUS (... 1215-1243...). — *Lectiones in Codicem.* Paris. B. N. Fonds latin. 4546.

II. — SOURCES IMPRIMÉES

Acta Apostolicae Sedis.

Albericus DE ROSATE (+ 1354). — *Dictionarium.* Venise. 1623.

Albericus DE ROSATE. — *Commentarium in Digestum.* Lyon. 1516.

Albericus DE ROSATE. — *Dictionarium.* Venise. 1623.

Albericus DE ROSATE. — *Commentarium in Codicem.* Lyon. 1518.

Albericus DE ROSATE. — *Lectura de regulis iuris.* Lyon. 1543.

ABÉLARD (1079-1142). — *Sic et non.* Ed. Cousin. Paris 1836.

ACCURSIUS (1182-1259). — *Corpus iuris civilis cum commentariis.* 4 vol. Lyon. 1612.

(1) Les dates sont indiquées pour les canonistes d'après A. Van Hove, I ; pour les juristes, d'après E. Besta, Fonti. I.

- Aegidius DE BELLAMERA. (... 1374-1392...). — *Commentarium in Decretales*. Lyon. 1550.
- Aegidius DE BELLAMERA. — *Commentaria in Decretum*. Lyon. 1550.
- Alexander TARTAGNUS. (1424-1477). — *Commentarium in Digestum*. Venise. 1618.
- Algerius LEODIENSIS (... 1106-1131). — *Liber de misericordia et iustitia*. PL. 180, pp. 865 ss.
- AMYNDENIUS. — *De stylo Datariae*. Cologne. 1701.
- Andreas AB EXEA. — *Commentarium in tit. de Constitutionibus*. Lyon. 1543.
- Antonius DE BUTRIO. (1338-1408). — *Commentarium in Decretales*. Venise. 1578.
- Ant. DE BUTRIO. — *Commentaria in Sextum*. Venise. 1575.
- ARISTOTELIS. — *Opera omnia*, ed. Didot, Paris. 1848.
- ASHBURNHAM. — *Il libro di Ashburnham. Testo inedito di diritto romano del sec. XI*. ed. C. G. Mor. (*Studi nelle scienze giuridiche e sociali* 42). Università di Pavia, 1930.
- Atto VERCELLENSIS (924-964). — P.L. t. 34, p. 27 ss.
- Aymo CRAVETTA (1504-1569). — *De antiquitatibus temporum*, dans T.U.I. XVII. f° 121 s.
- AZO. (+ 1230). — *Lectura in Codicem*. Paris. 1577.
- AZO. — *Select Passages from the works of Bracton and Azo*, ed. F.W. Maitland, London, 1895.
- AZO. — *Summa Codicis*. Lyon. 1583.
- BALDUS. (1327-1400). — *Commentaria in utrumque ius*. Venise. 1615.
- A. BARBOSA. (1589-1649). — *Collectanea doctorum*. Lyon. 1637.
- BARTOLUS A SAXOFERRATO. (1314-1357). — *Commentarium in Corpus iuris*. Lyon. 1597.
- BENEDICTUS XIV. (Prosper LAMBERTINI. 1675-1758). — *Opera omnia*. 1839-1847.
- Bernaldus CONSTANTINENSIS. (c. 1054-1100). — *De excommunicatis vitandis*. PL. 148. pp. 1181 c.
- C. BENINCASIUS. — *Tractatus ad tit. de Constitutionibus*. Spire. 1608.
- Bernardus DE MONTEMIRATO. Abbas montis maioris. (Abbas antiquus). — *Lectura super quinque libros Decretalium*. Strasbourg. 1510.
- Bernardus PAPIENSIS. — *In Decretales*. (edit. Laspeyres).
- Bernardus PARMENSIS DE BOTONE (... 1202-1263). — *Glossa ordinaria in X*. Venise. 1572.
- I. BERTACHINI. (1448-1497). — *Repertorium auctum*. Bâle. 1583.
- BESOLTIANI. — *Thesauri practici continuatio*. Pedeponti. 1740.
- P. BÖCKHN. (1690-1752). — *Commentarium in ius can. univ.* Salzbourg. 1735-1739.
- A. BOLOGNETTI. (XV^e s.). — *De lege, iure et aequitate*. Rome, 1570.
- M. BONACINA. (+ 1631). — *Opera moralia*. Lyon. 1624.
- BONACOSSA. — *De aequitate canonica*. Venise, 1575.
- BORNEMAN. — *De analogia iuris*. Hanovre. 1875.

- BULGARUS et PLACENTINUS. — Ad. tit. De Regulis iuris commentarium. Cologne. 1587.
- B. CAEPOLLA (... 1450-1477...). — De interpretatione extensiva. Venise. 1557.
- H. CAGNIOLA. (1492-1551). — In tit. de Reg. iuris. Venise. 1546.
- CALVINUS (Iul. Caes). (XVI^e s.). — De aequitate. Milan. 1676.
- CANISIUS H. (1548-1610). — De differentiis utriusque iuris. Ingolstadt. 1594.
- CANTIUNCULA CL. (XV^e). — De officii iudicis. Tract. univ. iuris. t. III, p. I, Venetiis, 1587.
- CASSADORUS. (XVI^e s.). — Conclusiones aureae. Venise. 1598.
- F. CASTROPALAO. (1581-1633). — Tractatus de legibus. 1631-1651.
- L. CHIAPPELLI. — Glosse d'Irnerio. Mem. della R. Acc. dei Lincei. Sc. morali. t. II. 1885.
- I. CLARUS (1525-1560...). — In Digestum commentaria. Cambrai. 1616.
- Constantius ROGERIUS. (1425-1500). — De iuris interpretatione, dans Tract. un. iuris. Venise. 1584.
- Constantius ROGERIUS. — De legis potentia, dans Tract. un. iuris. I. f^o 397.
- A. M. CORATIUS. — De electione opinionum dans Tract. un. iuris. XVIII. f. 259.
- Corpus iuris canonici ed. A. Friedberg, 2 vol. Lipsiae, 1879-1881.
- Corpus iuris canonici recensuit J. H. Boehmer, 2 vol. Halae Magd. 1747.
- Corpus iuris civilis. — Institutiones, ed. P. Krüger, Digesta, ed. Th. Mommsen et P. Krüger. Codex iustinianus, ed. P. Krüger. Novellae, ed. R. Schoell et G. Kroll, Editio Stereotypa. Berolini, 1912-1920.
- CUJAS. — Corpus iuris civilis iustinianei. Lyon. 1618.
- Cynus PISTORIENSIS. (1271-1336). — Lectura in Codicem. Franfort. 1578.
- Ph. DECIUS. (1454-1536 ?). — Commentaria in quinque libros Decretalium. Turin. 1575.
- Ph. DECIUS. — Commentaria in Digestum. Turin. 1575.
- Ph. DECIUS. — Consilia. 1533. s. l.
- IO. -B. DE LUCA (1614-1683). — Theatrum veritatis et iustitiae. Rome. 1671.
- IASO DE MAYNO (+ c. 1507). — Commentaria super Digestum. Pavie. 1499-1501.
- IO. DE SALAS. (1553-1612). — Tractatus de legibus in I. II. S. Thomae. Lyon. 1611.
- I. DEVOTI (1744-1820). — Iuris canonici publici et privati libri quinque. Rome. 1837.
- FR. DE ZULUETA. — The Liber pauperum of Vacarius. (a. 1149). Londres. 1927.
- Dominicus a SANCTO GEMINIANO. (... 1407-c. 1436). — Lectura in Sextum. Venise. 1476.
- B. DUBALLET. — Cours complet de droit canonique. Paris. 1897.
- A. DUCK. — De usu et auctoritate iuris civilis Romanorum. Londres. 1678.
- DYNUS MUGELLANUS (... 1278-1298...). — De regulis iuris. Lyon. 1527.
- DYNUS MUGELLANUS. — Super arbore actionum. Bologne. 1495.
- L. ENGEL (+ 1674). — Collegium universi iuris canonici. Salzbourg. 1671-1674.

- EVERARDUS (XV-XVI^e). *Loci argumentorum legales*. Louvain. 1516.
- P. FAGNANUS. (1598-1678). — *Ius canonicum*. Cologne. 1704.
- P. FARINACCIUS. — *S. R. Rotae decisiones recentiores*. Rome. 1697-1703.
- P. FARINACCIUS. — *Fragmenta*. Rome. 1720.
- Felinus SANDAEUS. (1444-1503). — *Commentaria in quinque libros Decretalium*. Lyon. 1587.
- L. FERRARIS. (+ c. 1763). — *Prompta bibliotheca canonica, iuridica*. Paris. 1883.
- I. FICHARD. (1512-1572...). — *De legum interpretibus*. dans *Tract. ex variis iuris interpretibus*. I.
- A. GAILL. — *Practicarum observationum libri*. Cologne. 1626.
- GAIUS. — *Institutiones* (edit. P. Krueger. G. Studemund). Berlin. 1877.
- P. A. GAMBARUS. (1840-1528). — *De extensionibus*. T.U.I. XVIII. f^o 247 s. Venise. 1584.
- Card. P. GASPARRI — Card. SEREDI. — *Fontes C.I.C.* 1926-1935.
- A. GAUDENZI. — *Bibliotheca iuridica medii aevi*. Florence. 1888.
- A. GENTILI. — *De legum interpretatione*. Ed. Hoffman. Leipzig. 1721.
- U. GIRALDI. (1692-1775). — *Expositio iuris Pontificii*. Rome. 1719.
- M. GONZALEZ TELLEZ. (+ 1649). — *Commentarium in Decretales*. Lyon. 1673.
- Goffredus DE TRANO. (+ 1245). — *Summa Decretalium*. Bâle. 1487.
- H. GONZALEZ. — *In VIII regulam Cancellariae*. Genève. 1615.
- I. GOTHOFREDUS. (1587-1652). — *De auctoritate glossae quaedam doctorum testimonia*. Lyon. 1660.
- I. GOTHOFREDUS. — *In tit. de diversis regulis iuris*. Genève. 1862.
- S. GRATIANUS. — *Discepciones forenses*. Chambéry. 1630.
- Ch. GROSS. — *De stylo Curiae*, ex *Dissertat. S. Stryckii*. Vol. II. 1692.
- Guilelmus DURANDUS. (1237-1296). — *Speculum iuris*. Franfort. 1612.
- Guy DE BAYSIO. (... 1296-1313). — *Rosarium Decreti*. Venise. 1601.
- Guy DE BAYSIO. — *Commentarium in Sextum*. Lyon. 1547.
- G. HAENEL. — *Dissensiones dominorum*. Leipzig. 1834.
- Henricus BOHIC. (1310-1350). — *Distinctiones in Decretales*. Lyon. 1562.
- HOSTIENSIS. (...1244-1271). — *Summa aurea*. Cologne. 1612.
- HOSTIENSIS. — *Lectura in quinque libros Decretalium*. Paris. 1512.
- Iacobus BUTRIGARIUS. — *Lectura in Codicem*. Paris. 1516.
- Iacobus DE RAVINIS. (c. 1230-1296). (Petrus DE BELLAPERTICA) (1). — *Lectura super 1a et 2a parte Codicis*. Paris. 1519.
- INNOCENTIUS IV. (... 1226-1254). — *Apparatus in quinque libros Decretalium*. Paris. s. d.
- Ioannes FABER. (1328-1340...). — *Breviarium Codicis*. Lyon. 1520.
- Ioannes TEUTONICUS (... 1215-1245 ?). — *Glossa ordinaria in Decretum*. Venetiis. 1572.

(1) Cette lecture est de I. de R. suivant E. M. Meyers. *Tijdschrift voor de Rechtsgchiedenis*. I. p. 484 s.

- Ioannes ab IMOLA (... 1399-1436). — In Sextum librum Decretalium commentaria. Lyon. 1549.
- Ioannes ANDREAE (1270-1348). — Commentaria novella in quinque libros Decretalium. Venise. 1612.
- Ioannes ANDREAE. — Commentaria novella in Sextum. Lyon. 1612.
- Ioannes ANDREAE. — Glossa in Sextum. Rome. 1584.
- Io. ANDREAE. — Mercuriales. Lyon. 1612.
- Ioannes BASSIANUS. — Summa Codicis Azonis. In materia (1).
- Ioannes FRANCISCUS DE PAVINIS (XIV^e s.). — In rubricam Extravagantium Ioannis XXII glossa.
- Ioannes MONACHUS. — Commentaria in Sextum cum addit. Ph. Probi. Venise. 1585.
- IRNERIUS. — Quaestiones de iuris subtilitatibus. Ed. H. Fitting. Berlin. 1894.
- Ivo CARNUTENSIS. (c. 1040-1116). — Decretum-Panormia P.L. 161.
- Ivo CARNUTENSIS. — Epistolae ; P. L. 162.
- Lambertus DE SALINIS. (2). — Quaestiones earumque distinctiones in leges Codicis.
- P. LAYMANN. (1574-1635). — Theologia moralis. Munich. 1625.
- P. LAYMANN. — Commentaria in Decretales. Dilingae. 1663-1698.
- P. LEUREN. (1646-1723). — Forum ecclesiasticum. Mayence. 1717-1735.
- S. LOEWENFELD. — Epistolae Romanorum Pontificum ineditae. Leipzig. 1885.
- P. LORIOZ (1528-1554). — De modo studendi.
- I. A. MARTA. — Digesta novissima totius iuris controversi scientiae. Orléans. 1622.
- I. MASCARD (XVI^e s.). — De probationibus. Franfort. 1619.
- A. MASSÉ (XV^e s.). — De exercitatione iurisperitorum. T.U.I. f. 169.
- Matthaeus MATHESILANUS. — De electione opinionum, dans Tract. un. iuris. t. XVIII, f. 243.
- I. MENOCHIUS (XV^e s.). — De arbitrariis iudicium. Cologne. 1599.
- C. G. MOR. — Scripti giuridici preirneriani. vol. II. Exceptiones Petri legum romanarum. Milan. 1938.
- L. A. MURATORI. (1672-1750). — Dei difetti della Giurisprudenza. Venise. 1743.
- NAVARRUS. (1493-1586). — Manuale confessorum. Rome. 1590.
- I. NEVIZZANO. (+ 1540). — Sylva nuptialis. Lyon. 1522.
- ODOREDUS. (1226-1265). — In Codicem. Lyon. (c. 1480).
- ODOFREDUS. — Interpretatio in Digestum. Lyon. 1550.
- OLDENDORP. I. — Collatio iuris civilis et canonici. Lyon. 1547.
- I. OLDENDORP. — De iure et aequitate. dans Tract. un iuris. I. 109.
- PANORMITANUS. (1386-1445). — Commentaria. Lyon. 1546.
- PAUCAPALEA. (c. 1146). — Die Summa. (edit. v. Schulte).
- G. PESCATORE. — Beiträge zur mittelältlichen R. G. Heft. 2. Miscellen. Berlin. 1889.

(1) Cf. E. M. Meyers Sommes, lectures et commentaires, p. 477.

(2) Suivant E. M. Meyers. Tijdschrift voor de Rechtsgeschiedenis. II. 488.

G. PESCATORE. — *Die Glossen des Irnerius*. Greifswald. 1888.

Petrus BLESENSIS. (c. 1180). — Ed. Reimarus. *Opusculum de distinctionibus*, Berlin. 1857.

Petrus DE ANCHARANO. (1333-1416). — *Consilia*. Venise. 1574.

Petrus DE ANCHARANO. — *Commentaria in VI. l. Decretalium*. Venise. 1560.

Petrus DE ANCHARANO. — *Repetitio in tit. de Constitutionibus*. Venise. 1493.

Petrus DE ANCHARANO. — *Commentaria in Decretales*. Bologne. 1581.

V. PICHLER (1670-1736). — *Ius canonicum*. Ingoldstadt. 1728.

Petrus DE BELLAPERTICA. — *Quaestiones aurcae et singulares*. Lyon. 1517.

I. PIGNATELLI. — *Consultationes canonicae*. Rome. 1675.

E. PIRHING. (1606-c. 1678). — *Ius canonicum*. Dilingae. 1674.

PLACENTIN. (+ 1192). — *Summa Institutionum*. Mayence. 1536.

PRAEPOSITUS. (Ioannes Antonius DE SANCTO GREGORIO (... 1478-1509). — *Commentarium in Decretum*. Lyon. 1541.

PRAEPOSITUS. — *Commentarium in Decretales*. Venise. 1580.

QUINQUE compilationes antiquae necnon collectio canonum Lipsiensis. Ed. Friedberg. Lipsiae. 1882.

I. RAEWARDUS. — *De auctoritate prudentum*. Anvers. 1566.

I. RAEWARDUS. — *De div. regulis iuris antiqui*. Anvers. 1568.

P. RAVENNAS. (XVI^e s.). — *Enarrationes in tit. de consuetudine*. TUL. III. p. 1.

P. REBUFFUS (1487-1557). — *In constitutiones regias commentaria*. Lyon. 1613.

A. REIFFENSTUEL. (1641-1703). — *Ius canonicum universum*. Paris. 1840.

Rochus CURTIUS. (+ 1495). — *De statuto (De consuetudine)*, dans *Tract. un. iuris*. III. p. 1.

ROLANDUS. (+ 1181). — *Summa Decret.* Edit. Thaner. Insprück. 1874.

S. R. ROTAE. — *Decisiones seu sententiae*. Rome. 1911-1937.

S. R. ROTAE. — *Decisiones in compendium redactae*. Milan. 1730.

RUFINUS. (c. 1157). — *Summa Decreti.* (edit. H. Singer).

P. SALAZAR. — *De usu et consuetudine*. Franfort. 1600.

SALMANTICENSES theologi. — *Lectiones theologiae dogmaticae et moralis*. 1724.

Bartholomaeus SALYCETUS. (+ 1412). — *Commentarium in Codicem*. Franfort. 1615.

T. SANCHEZ (1550-1610). — *De matrimonio*. Gênes. 1602.

DIDACUS DE COVARRUBBIAS. (1512-1577). — *Opera omnia*. Genève. 1762.

F. SCHMALZGRUEBER. (1663-1735). — *Ius ecclesiasticum universum*. Dilingae. 1717.

F. SCHMIEB. (1680-1728). — *Iurisprudentia canonico-civilis*. Salzbourg. 1761.

E. SECKEL. — *Distinctiones glossatorum*, dans *Festschrift für Von Marwitz*. Berlin. 1911. p. 335 s.

E. SECKEL. — *De accusationibus (Io. Bassiani)*. BIMÆ. I. 143-217.

Sextus liber Decretalium cum glossis. Rome. 1584.

Stephanus a FÆDERICIS. (XV^e s.). — De legum interpretatione, dans *tract. iur. univ.* I.

SUAREZ. (1548-1617). — De legibus. Lyon. 1610.

Sylvester PRIERAS. (c. 1460-1523). — *Summa summarum*. Strasbourg. 1518.

TANCREDUS. (1185-1236 ?). — *Summa matrimonii* (edit. A. Wunderlich). Göttingen. 1841.

TANCREDUS. — Apparatus, dans *Sitzungsberichte der k. Academie der Wissenschaften*. — Phil.-hist. Klasse. St. 66. 1871. Vienne, p. 123.

Tractatus ex universi iuris interpretibus. Lyon. 1549.

Tractatus universi iuris. Venise. 1584-1585.

Card. E. TUSCHUS. — *Practicarum conclusionum*. Lyon. 1661-1670.

Z. B. VAN ESPEN. (1642-1728). — *Opera omnia*. Louvain. 1700.

G. VASQUEZ. (1551-1604). — *Commentaria in I. II. S. Thomae*. Lyon. 1631.

VILLAGUT. — De extensione legum.

Stephanus TORNACENSIS. (1133-1203). — Giessen. 1891. (Edit. J. F. v. Schulle).

F. WALTHER. — *Lehrbuch des K. R.* Bonn. 1866.

ZABARELLA (Franc. de) (c. 1335-1417...). — *Commentaria in Decretales*. Venise. 1602.

I. A. ZALLINGER. (1753-1813). — *Institutionum iuris ecclesiastici publici et privati liber subsidiarius qui est isagogus*. Augsbourg. 1791.

U. ZASIVS. (1465-1535). — *Singularia responsa*, dans *Opera omnia*. Franfort. 1580.

F. X. ZECH. (1692-1768). — *Praecognita iuris canonici*. Ingolstadt. 1749.

III. — TRAVAUX

ANCELOT. — Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées, dans *Rev. critique de légis. et de jurispr.* 1855. t. VII, p. 193 s.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil*. E. Bartin. Paris. 1936.

Ch. AGUSTINE. — *A commentary of the new Code of Canon Law*. Londres. 1919-21.

J. AUSTIN. — *La Philosophie du droit positif*. Paris. 1894.

BERGBOHM. — *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig. 1892.

C. BERNARDINI. — *Problemi di contenzioso amministrativo canonico specialmente secondo la giurisprudenza della S.R. Rota*. — *Acta congressus iuridici internationalis*. Rome. 1934. t. V. p. 357-432.

BETHMANN-HOLLWEG. — *Der Civilprozessen des gem. Rechts*.

BLAT. — *Commentarium textus Cod. iuris. can.* 2a ed. Romae. 1927.

J. BONNECASE. — *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*. Paris. 1924.

J. BONNECASE. — *La pensée juridique française*. Bordeaux. 1922.

J. BONNECASE. — *Précis de Droit civil*. Paris. 1934-35.

A. BREMS. — De interpretatione authentica CIC per Pontificiam Commissionem, dans *Ius Pontificium*. t. X. 1935. p. 161 s.

- S. BRIE. — *Die Lehre von Gewohnheitsrecht*. Breslau. 1899.
- F. C. BROCHER. — *Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois*. Paris. 1862.
- B. BRUGI. — *Per la storia della Giurisprudenza e delle Università italiane*, dans *Nuova raccolta di Scritti giuridici*. VII-IX. Turin. 1921.
- B. BRUGI. — *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, dans *Arch. giur.* 1923 v. 90, p. 160 s.
- B. BRUGI. — *L'argomento di analogia nella logica giuridica*, dans *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei. Sc. morali*. 6 ser. t. 3, 1927. p. 603 s.
- G. BRUNETTI. — *Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, dans *Scritti giuridici varii*. Turin. 1921. v. III. p. 1 s.; 30 s.
- G. BRUNETTI. — *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*. Florence. 1924.
- J. BRYs. — *De dispensatione in iure canonico*. Bruges. 1925.
- I. BUCCERONI. — *Institutiones theologiae moralis*. Rome. 1915.
- W. W. BUCKLAND. — *Equity in Roman Law*. Cambridge. 1933.
- W. BURCKHARDT. — *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*. Berne. 1925.
- E. BUSSI. — *Intorno al concetto di diritto commune*. Milan. 1935.
- F. CALASSO. — *Il concetto di diritto commune*, dans *Arch. giur.* 1934. v. 103, p. 59 s.
- H. CAPITANT. — *De la cause des obligations*. Paris. 1923.
- H. CAPITANT. — *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, dans *Mélanges Gény*. II. p. 204 s.
- F. M. CAPELLO. — *Summa i. c.* Rome. 1928.
- R. W. et A. J. CARLYLE. — *A history of mediaeval theory in the West*. Londres. 1910.
- CARRÉ DE MALBERG. — *Origines des sources du droit*, dans *Mélanges Gény*. I. p. 192 s.
- E. CERCHIARI. — *Capellani Papae et Apostolicae Sedis auditores causarum. Sacri Palatii apostolici ad origine ad diem usque 20 septembris 1870*. Rome. 1919-1921.
- A. CHECCHINI. — *I consiliarii nella storia della procedura*. Atti del R. Ist. ven. LXVIII. 1908-09, p. 625 s.
- J. CHELODI-E. BERTAGNOLLI. — *Ius de personis*.
- A. COCCHI. — *Commentarium in CIC*. Turin. 1920-1928.
- J. R. COMMONS. — *Droit et économie politique*, dans *Mélanges Gény*, III. p. 137 s.
- P. CONDOMINE. — *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*. Paris. 1912.
- M. CONRAT (Cohn). — *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts im früheren Mittelalter*. I. Band. Leipzig. 1889.
- G. CORNIL. — *Autonomie de la Jurisprudence*.
- G. CORNIL. — *Le droit privé*. Paris. 1924.

- A. CRNICA. — De lacunis legis supplendis ad normam. CIC. Ius Pontificium. t. X. 1936. p. 182 s. ; t. XII. 1937. p. 242 s.
- E. CUQ. — Institutions juridiques des Romains. Paris. 1917.
- J. DABIN. — Le droit privé, dans *La Belgique judiciaire*. Oct. et nov. 1924.
- J. DABIN. — Philosophie de l'ordre juridique positif. Paris. 1931.
- J. DABIN. — Technique de l'élaboration du droit positif. Paris. 1936.
- S. D'ANGELO. — Le lacune nel vigente ordinamento giuridico-canonico, dans *Studium*, Rome. 1926, t. XXII. p. 257 s. et p. 321 s.
- S. D'ANGELO. — De aequitate in CIC. Excursus ad can. 20. Apollinaris, t. I, p. 363-383.
- S. D'ANGELO. — De aequitate in CIC. Periodica de re morali, canonica, liturgica ; t. 16, p. 210.
- I. D'ANNIBALE. — Summula theologiae moralis. Rome 2. 1881.
- A. M. DARMANIN. — De reservatione peccatorum iure Codicis Piani-Benedictini, dans *Angelicum*, y. V, 1928. p. 55 s. ; 213 s. ; 539 s.
- J. DEFROIDMONT. — La science du droit positif. Paris. 1933.
- J. DE GHELLINCK. S. J. — Le mouvement théologique au XII^e s. Paris. 1914.
- V. DEL GIUDICE. — Privilegio, dispensa ed epikeia nel diritto canonico. Pérouse. 1926.
- G. DEL VECCHIO. — Il problema delle fondi del diritto positivo, dans *Riv. int. phil. del. diritto*. Rome. 1934-XIV.
- G. DEL VECCHIO. — Sui principi generali del diritto. Archiv. giur. 1921. t. 85. p. 337.
- R. DEMOGUE. — Notions fondamentales du droit privé. Paris. 1911.
- H. DE PAGE. — A propos du gouvernement des juges. Paris-Bruxelles. 1931.
- H. DE PAGE. — De l'interprétation de lois. Paris-Bruxelles. 1925.
- De potestate SS. Congregationum, dans *Ius Pontificum*, t. XI, 1936. p. 226 s.
- DE RUGGIERE. — Istituzioni di diritto civ. italiano. Napoli. 1921.
- DESQUEYRAT. — L'institution, le droit objectif et la technique positive. Nancy. 1932.
- P. DE TOURTOULON. — Les principes philosophiques de l'histoire du droit. Paris. 1919.
- F. DE VISSCHER. — Le Digeste, couronnement de la politique des Empereurs vis-à-vis des Prudents. Conferenze per il XIV centenario delle Pandette. Milan. 1931, p. 53.
- F. DE VISSCHER. — La jurisprudence romaine et la notion de l'auctoritas, dans *Mélanges Gény*. I. p. 32 s.
- A. DESSENS. — Essai sur la notion d'équité. Toulouse. 1934.
- J. DICKINSON. — Le problème du cas non prévu, dans *Mélanges Gény*. II. p. 503 s.
- B. DONATI. — L. A. Muratori e la giurisprudenza del suo tempo. Modène. 1931.
- D. DONATI. — Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico. Milan. 1910.
- CL. DU PASQUIER. — Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse. Neuchâtel. 1929.

- DUSI. — Istituzioni di diritto civile italiano. Napoli. 1922.
- E. EHRLICH. — Die juristische Logik. p. 215. Tübingue. 1925.
- E. EHRLICH. — Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtsatzes, dans *Iherings Jahrbucher*, vol. 67 (1917). p. 11 s.
- E. EHRLICH. — Freie Rechtsfindung. Leipzig. 1903.
- L. ENNECERUS. — Lehrbuch des burg. Rechts. Marbourg. 1921.
- G. ERMINI. — Guido bibliographico per lo studio del diritto commune Pontificio. Rome. 1934.
- A. ESMEIN. — La jurisprudence et la doctrine, dans *Rev. trim. de droit civil*. 1902. p. 11 s.
- FABREGUETTES. — La logique judiciaire. Paris. 1914.
- N. FALCK. — Introduction générale à l'étude du droit. Paris. 1881.
- P. FEDELE. — Generalia iuris principia cum acqutate canonica servata. Est. delle St. Urbinati. Urbino. 1936-XIV.
- H. I. FEYE. — Tractatus de Legibus, s. l. s. d.
- FLACH J. — Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-Age. Paris. 1890.
- A. FLINIAUX. — Contribution à l'histoire des sources du droit canonique. Les anciennes collections de Decisiones Rotae, dans *Rev. hist. de dr. fr. et ét. t. IV*. 1925. p. 61 s. ; p. 382 s.
- P. FOURNIER-G. LE BRAS. — Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses Décrétales jusqu'au décret de Gratien. 1931-1932. Paris.
- P. FOURNIER. — Un tournant dans l'histoire du droit. *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étranger* (41-1917), p. 167 s.
- P. FOURNIER. — Les officialités au Moyen-Age. Paris. 1888.
- P. FOURNIER. — Les collections canoniques romaines de l'époque de Grégoire VII. *Mém. de l'Inst. de France*, t. 41. 1920. Paris, p. 288.
- FREUND. — Dictionnaire latin. Paris. 1865.
- E. FUCHS. — Die Justiz. Berlin. 1926.
- C. GANGI. — Il problema della lacune nel diritto privato. *Arch. giur.* vol. LXXXIX 1923, p. 135 s.
- F. GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris. 1932.
- F. GÉNY. — Science et technique. 4 vol. Paris. 1915-1925.
- F. GÉNY. — La notion de Droit en France. *Arch. de philos. du droit et de sociologie juridique*, t. I, p. 10.
- F. GILLMANN. — Iohannes Galensis als Glossator insbesondere der compilatio III. — *Archiv. für kath. K. R.* t. 105. 1925.
- F. GILLMANN. — Magister Albertus als glossator der Compilatio Ha, dans *Arch. für k. KR.* t. 105. 1925, p.
- O. GIACCHI. — Formazione e sviluppo della dottrina dell' interpretazione autentica in diritto canonico. Milan. 1934.
- O. GIACCHI. — Precedenti canonistici del principio « Nullum crimen sine praevia lege poenali ». Est. di Studi F. Scaduto. Florence. 1936-XIV.

- A. GIANNINI. — L'equità. Arch. giur. t. 109-1931. p. 185 s.
- E. GLASSON. — Les sources du droit, dans Séances et trav. de l'Académie des sciences mor. et pol., 1900-1°, t. CLIII, p. 504.
- M. GMÜR. — Die Anwendung des Rechts nach art. I des schw. Zivilgesetzbuches. Berne. 1908.
- M. GRABMANN. — Die Geschichte der Scholastischen Methode. 2 vol. Freiburg. Br. 1909.
- E. GRANDCLAUDE. — De l'interprétation judiciaire des lois, dans Canoniste contemporain. 1881. t. IV. p. 355 s.
- E. GROPPALI. — Istituzione di scienza generale del diritto. Bergamo. 1921.
- J. HARING. — Die Lehre von der Epikie. Theol. prak. quart. t. 52, p. 579 s. ; p. 796 s.
- C. A. HEPKE. — De occasione et ratione legis. Hanover. 1754.
- J. HOLLSTEINER. — Die Spruchpraxis der SR. Rota in Ebenichtigkeitprozessen. Fribourg-en-Brisgau. 1934.
- S. ISIDORUS-HISPALENSIS. — P. L. t. 82.
- I tribunali della SR. Rota e della Segnatura Apostolica, dans Il diritto ecclesiastico. Rome. 1933.
- B. JANSSENS, O.S.B. — Etude sur la notion d'épikie ou d'aequitas et son évolution historique. Dissertation pour la licence. Louvain. 1925.
- R. P. JOMBART. — La loi dans Suarez. Nouv. rev. théologique. t. LIX. 1932. p. 34 s.
- H. KANTOROWICZ. — The Quaestiones disputatae of the glossators, dans Tijdschrift voor de Rechtsgeschiedenis. XVI. I.
- H. KANTOROWICZ. — Accursio e la sua Bibliotheca, dans Riv. di Storia del dir. it. (1929) II. p. 35 s.
- J. KLEIN. — Modernen Rechtsdenken und k. Recht.
- H. Kelsen. — Fondamenti del diritto. Arch. giur. 1934. p. 16.
- E. LAMBERT. — La fonction du droit civil comparé. Paris. 1903.
- E. LANDSBERG. — Ueber die Entstehung der Regel « Quicquid non agnoscit glossa, nec forum agnoscit. Bonn. 1880.
- F. LAURIN. (1829-1913). — Archiv. für k. KR. t. XXVI.
- G. LE BRAS. — Le liber de misericordia et iustitia d'Alger de Liège. Nouv. Rev. hist. 45 (1921) pp. 80-118.
- G. LE BRAS. — Recension de G. Ernini. Guido bibliographico, dans Nouv. Rev. hist. dr. fr. et étr. 1935-XIV. p. 143 s.
- B. LECLEF, O.S.B. — L'équité canonique au Moyen-Age. Dissertation pour la licence. Louvain. 1931.
- Ch. LEFEBVRE. — La jurisprudence rotale au XVII^e siècle, dans Ephémérides theolog. lovanienses. 1938.
- R. LUZZATTO. — Sull'asserita completezza dell'ordinamento giuridico. Ferrare. 1922.
- F. MAGNIN. — Dictionnaire de droit canonique. V^o Dérogation de la loi.
- L. MAHIEU. — Principia et praxis S.R. Rotae. s. l. s. d.
- P. MAROTO. — Institutiones IC. Madrid. 1918.

- A. MARTIN. — Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse. Genève. 1909.
- G. MASI. — Il sindacato delle magistrature comunali nel saec. XIV. Riv. it. per le sc. giur. N. S. t. V. 1930. fasc. 1 et 2.
- MAURENBRECHER. — Lehrbuch des gem. deutsch. Privatrechts. 1840. Berlin.
- C. MAYNZ. — Cours de droit romain. Paris. 1870.
- E. M. MEYERS. — De Universiteit van Orléans, in de XIII^e eeuw, dans Tijdschrift voor de Rechtsgeschiedenis. I. 1918. p. 108 s. ; p. 443 s. ; II. 1919, p. 460 s.
- E.-M. MEYERS. — Sommes, lectures et commentaires. (1100 à 1250). Paris. 1934.
- E. MEYNIAL. — Encore Irenaeus. Nouv. Rev. hist. 21 (1897), p. 460.
- E. MEYNIAL. — Rôle de la logique. Revue de métaphy. et de morale. 1908.
- E. MEYNIAL. — Rôle de la doctrine et de la jurisprudence dans l'unification du droit en France.
- E. MEYNIAL. — Recueil d'arrêts et arrêtistes. Livre du Centenaire du Code civil, t. I. p. 177.
- I. MICELI. — I principi generali del diritto dans Riv. dir. civ. 1923, p. 23 s.
- G. MICHIELS. — Normae generales. Lublin. 1929.
- C. G. MOR. — Questioni preliminari per la studio delle Exceptiones Petri. Cagliari. 1934.
- M. MORNET. — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. Paris. 1904.
- M. NAST. — La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française. Strasbourg. 1922.
- R. NAZ. — Dictionnaire de droit canonique.
- NGUYEN HY MAN. — Essai sur le rôle respectif de la déduction et de l'induction. Paris. 1935.
- A. ODAR. — Sodbe rimske Rota v. zakonskih pravdah (De sententiis SR. Rotae editis in causis nullitatis matrimonii). Ljubljana. 1934.
- B. OJETTI. — Commentarium in CIC. Rome. 1927.
- A. ORTSCHIED. — Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique. Paris. 1922.
- OSILIA. — L'equità nel diritto privato. Rome. 1923.
- G. PACCHIONI. — I principi generali di diritto, dans Arch. giu. 1924. t. 91. p. 133.
- J. M. PÉRITCH. — Le problème des sources du droit et la fonction de la loi, dans Mélanges Gény. II. 227 s.
- E.-H. PERREAU. — Technique de la jurisprudence en droit privé. Paris. 1923.
- I. PFAFF. — Zur Lehre von sogenannten in fraudem legis agere. Vienne. 1892.
- G. PHILIPPS. — Du droit ecclésiastique. Paris. 1865.
- M. PLANIOL et G. RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil. 11. Paris. 1928.
- F. PRINGSHEIM. — Ius aequum et strictum, dans Zeitsch. für Sav. Strift. t. 42. 1921. p. 633 s.

- G.-F. PUCHTA. — Das Gewohnheitsrecht. Erlangen. 1828.
- F. REGELSBERGER. — Pandekten. Leipzig. 1893.
- G. RENARD. — Droit, logique et bon sens. Paris. 1925.
- M. ROTONDI. — *Equità e principi generali del diritto*, dans *Mélanges Gény*. II. p. 403 s.
- J. ROUME. — A propos de la méthode juridique. Montpellier. 1922.
- J.-B. SÄGMULLER. — *Lehrbuch des K. KR.* Freiburg-im-Brigau. 1925.
- SARTI-PARTORINI. — *De claris archigymnasii Bononiensis professoribus*. Bologne. 1888-1892.
- V. SAUZAY. — Essai sur les procédés d'élaboration du droit par la jurisprudence. Paris. 1904.
- SAVIGNY. — *Geschichte des römischen Rechts*, Heidelberg. 1850.
- F.-C. SAVIGNY. — *Histoire du droit romain au Moyen-Age*. Trad. Guenoux. Paris. 1839.
- G. SCELLE. — Les fondements du droit dans la doctrine. *Rev. int. de la théorie du droit*. 1935. p. 189.
- G. SCELLE. — Sources formelles, dans *Mélanges Gény*. III, p. 402 s.
- SCHWEIKERT. — *Zeitschrift f. Civ. und. Proz.* IV. p. 331 s.
- H. SINGER. — Beiträge zur Würdigung der Decretistenlitteratur, dans *Arch. für KKR.* t. 73. 1895. p. 3-124.
- J. SPASSOIEVITCH. — L'analogie et l'interprétation. Paris. 1911.
- E. STINTZING. — *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. Munich. Leipzig. 1880.
- O. STOBBE. — *Handbuch des deutschen Privatrechts*. Berlin. I.
- N. SUGIYAMA. — La loi du 8 juin 1875, dans *Mélanges Gény*. Paris. 1934. II. p. 446 s.
- A. THIBAUT. — *Théorie de l'interprétation logique des lois*. Bruxelles. 1835.
- Thomae AQUINATIS (Sti). — *Summa theologica*. Aug. Taurinorum. Marietti. 1927.
- A. TOSO. — *Ad Codicem iuris canonici commentaria minora*. Romae. 1921.
- L. VALETTE. — Du rôle de la coutume. Lyon. 1908.
- J. L. J. VAN DE KAMP. — Bartolo da Sassoferrato. *Est. della Riv. « Studi urbinati »*. Mars-juin 1935-XIII.
- P. VAN DER EYCKEN. — La méthode positive de l'interprétation juridique. Paris-Bruxelles. 1907.
- M. VAN GRINSVEN. — *Inventio thesauri in agro ecclesiastico*, dans *Nederlandsche Kath. Stemmen*. t. 27. 1927. p. 344 s.
- A. VAN HOVE. — *Commentarium lovaniense*. I. Prolegomena. II. De Legibus. Rome-Malines.
- A. VAN HOVE. — De requisito consensu legislatoris in iure consuetudinario. *Monographiae en Ius pontificium exceptae*. Ser. III, fasc. 15.
- DIMITRI N. MICESCOU. — Essai sur la technique juridique. Paris. 1912.
- A. VERMEERSCH. — J. Creusen. *Epitome IC.* 195.
- P. VINOGRADOFF. — Les principes historiques du droit. Paris. 1924.

- R. VON IHERING. - *Esprit du Droit romain*. Trad. Meulenaere. Paris. 1900.
- R. VON SCHERER. — *Handbuch des KR.* Graz. 1886.
- J. F. VON SCHULTE. — *Das kat. KR.* Giessen. 1860.
- J.-F. VON SCHULTE. — *Litteraturgeschichte des Compilationes antiquae*, dans *Sitzungsberichte der k. Academie der Wissenschaften. Phil.-hist. Classe.* t. 66. 1871. Vienne. p. 123 s.
- E. VOOSSEN. — *Papauté et pouvoir civil à l'époque de Grégoire VII.* Gembloux. 1927.
- L. WAHRMUND. — *Die consuetudines Curiae Romanae*, dans *Arch. für k. KR.* t. 79. 1899. p. 3.
- R. WEHRLÉ. — *De la coutume.* Paris. 1928.
- F.-X. WERNZ. — *Ius Decretalium.* Rome. 1898.
- WERNZ et VIDAL. — *Jus canonicum ad normam Codicis exactum.* Rome. 1926.
- B. WINDSCHEID. — *Pandekte.* Franfort. 1906.
- E. WOHLHAUPTER. — *Aequitas canonica.* Görresgesellschaft. Heft. t. 56. Paderborn. 1931.
- E. ZITELMAN. — *Lücken im Recht.* Leipzig. 1903.
- E. ZOLL. — *Méthode d'interprétation en droit privé positif dans Mélanges Gény.* II. p. 444 s.
-

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

- Abstraction** origine des principes, 158.
- Abus** des opinions communes, 299 ; de la dialectique, 124, s.
- Actes** judiciaires et style de Curie, 227-229, 232-237 ; — extrajudiciaires et style de Curie, 236 s. ; nombre d'actes pour introduire l'*auctoritas*, 221 s.
- Actions** fondement de la distinction des actions directes et utiles, 43-52 ; 57-58 ; accordée aux *pacta nuda*, 86-87.
Voir actions *directe* et *utile*.
- Administratif** valeur des décisions — des Congrégations, 234, 253, 256.
- Adoption** en droit matrimonial, 90, 112.
- Adultère** la dot de la femme, 40.
- Aequitas** voir *équité*.
- Affranchi** 39.
- Agnat** 27 ; tutelle 39 ; faveur à la famille des — 45 ; 51.
- Amotion** extension de l' — au cas de *dimissio*, 133.
- Analogie** et interprétation extensive, 17-19 ; 65-66 ; — en droit romain, 39 ; son domaine, 43, 90, 149, 157, 244, 257, 258 ; argument d' — 46, 284 ; — et recours au prince, 48, 73, 76 ; obligation d'employer l' — 82, 221 ; — dans la législation, 83 ; — et *équité*, 87, 88, 211 ; — dans l'ancien droit : terminologie, 97-108 ; théorie et valeur, 109-123 ; usage, 124-129 ; — dans le Code, 130-135 ; fondement de l' — 30, 118, 119, 135, 158-159 ; *analogia iuris* et *legis*, 109-110.
- Appel** 78.
- Application** la loi est l' — de la volonté du législateur, 24, 26 ; étendue d' — de la loi 29 ; — ou extension de la loi 37-43, 47-53, 105-107, 114 ; le juge et l' — de la loi 72-73 ; — des principes de droit, 46-60 ; — empêchée par l'*équité*, 169, 193-194, 198, 207-210
- Arbitraire** du juge, son rôle, 9, 67, 144, 193, 210, 212 ; — du juge et sécurité des justiciables, 32, 77, 81, 137, 163, 259 ; — du juge évité par le droit, 209.
- Arbitrium** théorie de l' — 84-87.
- Auctoritas** évolution de la théorie, 221 à 233 ; — des prudents, cf. opinion commune.
- Authentique** règle de droit, 151 ; interprétation, 262-253 ; pouvoir d'interprétation — refusé aux Tribunaux romains, 257.
- Autorité** degré d' — d'un docteur, 280-281.
- Axiome** 16, 59, 151, 155.
- Bâtards** en droit canonique, 205.
- Bénéfice** 26, extension par analogie, 67 ; assimilation en matière de — 64 ; — paroissial et style de curie, 235, 248.
- Bien commun** objet de la justice, 24, 31, 32, 204, 205 ; — distinguant les dispositions, 26, 27 ; — dans l'application de l'*équité*, 209-210.
- Bonne foi** dans la prescription, 173 ; dans les contrats, 206.
- Brocards** sur l'identité de raison, 60 ; valeur des — 151, 158, 159 ; les — dans l'histoire, 153-156.

But et la méthode juridique, 15 ; — et l'interprétation, 26, 56 ; — et la *ratio legis*, 29-32 ; et les principes de droit, 159.

Cas omis voir omissions.

Cas semblable sa négation, 16 ; pouvoir du juge, 17, 85-87, 103 ; identification, 22, 134 ; comparaison, 33 ; législations et les — 48, 61, 155, 217, 236 ; les — exceptionnels, 151.

Cause finale espèces 29-30 ; rôle dans l'interprétation, 33-35, 151 ; similitude de — 56 ; — et la loi, 63, 115.

Certitude de la *ratio legis*, 32-34, 40, 52, 54, 65, 292 ; — de la loi 60 ; — du droit positif, 117 ; — de — de l'extension analogique, 134 ; — et opinion commune des docteurs, 260, 261, 279.

Chapitre si l'administration épiscopale est entravée, 67.

Charité chrétienne dans la conciliation des textes, 166-168 ; — fondement de l'équité, 182, 212, 307 ; — chez les canonistes du XIII^{me} s. 204-207 ; — dans l'équité au XX^{me} s. 209.

Chose jugée cas d'appel, 78 ; cas d'extension par analogie, 128 ; dans la formation du style de Curie, 237 ; la Rote devient sur la — 252.

Circonstances elles modifient l'espèce du cas, 16, 194, 198, 257 ; — influent sur la loi, 24, 29, 116, 166 ; — et l'équité, 75, 152, 190, 200, 207-211.

Clercs extension d'une peine portée pour les — 33, 99, 248 ; origine analogique de défense faite aux — 121 ; équité en faveur de — pécheurs, 181 ; style à suivre par les — 225 ; — devant les tribunaux, 269.

Collections canoniques rôle joué dans la formation de la méthode d'interprétation, 165-166.

Commissio elle doit mentionner les savants, 79.

Commission d'interprétation emploi de l'interprétation extensive par la — 65 ; recours à la — 74.

Commune (ius) influence sur la formation du ius commune du Tribunal de la Rote, 251 ; — des opinions communes, 300.

Confirmation pontificale refus d'admission de la — 225 ; effet de la — 244, 257.

Congrégations romaines pouvoir des — en matière d'interprétation, 18, 243, 244 ; emploi par les — de la *ratio legis*, 31 ; style suivi par les — 74 ; emploi de l'analogie, 134 ; leur rôle historique, 249-255.

Connexes (cas) prévision par la loi, 64, 65.

Consilium auteurs de — 79, 80, 243, 289, 298 ; effet attaché au — 281, 292, 304.

Contrats interprétation des — 61, 102, 106, 206 ; renvoi au droit civil, 90 ; extension analogique des — 127.

Correction du droit peut-elle se faire, 9 ; détermination d'une — 26 ; — de la loi ne peut être étendue, 41, 53-59, 107 ; — et interprétation, 73 ; équité et les lois correctives, 109, 118-120 ; équité et la — des lois, 172, 193-200.

Coutume dans les législations, 8, 9, 13 ; emploi de la coutume ou de l'argument d'analogie, 48, 84, 85 ; extension d'une coutume, 98, 101, 104, 127 ; — consacre les règles de droit, 152 ; — consacre les dispositions prises en vertu de l'équité, 196 ; — et *auctoritas*, 221, 222 ; style de Curie : terminologie et doctrine, 223-238 ; — survenant aux sentences judiciaires, 257 ; — et l'opinion commune, 284, 285, 289, 304 ; — de l'Eglise Romaine, 240, 246.

Crainte révérentielle suivant le style de la Rote, 251.

Création interdite en principe aux Congrégations, 18 ; aux juges dans l'ancien droit, 72 ; dans quelle mesure il faut reconnaître ce pouvoir, 76, 77 ; création d'un droit par les principes, 143-148 ; la théorie du P. Michiels, 132.

- Crime** constitution du tribunal épiscopal, 71 ; « *relatio* » au cas de — 74 ; juridiction ecclésiastique ou laïque au cas de — 111 ; présomption établie, 139.
- Curatelle** cas d'extension analogique, 40 ; recours au droit civil, 91.
- Curie épiscopale** autorité de son style, 258.
- Décisions** — rotales, leur autorité, 243-246 ; rôle historique, 248-253 ; — magistrales, 257.
- Décrets** autorité des — des Congrégations, 242-243 ; leur rôle historique, 253-255.
- Déduction** dans l'analogie de droit, 110.
- Défavorable** quelles sont les dispositions — 27.
- Définitifs** autorité des jugements — 217-222.
- Définition** leurs exceptions, 141.
- Déni de justice** au cas de *relatio*, 70, 71.
- Dialectique** sa prédominance dès le XIV^{me} s., 36, 153 ; — et l'analogie, 124, 125 ; ses abus, 125, 154, 196.
- Directe** (action) accordée par la *mens* et les termes, 37, 41, 44, 46 ; en vertu de la *mens* seule, 47-52 ; à cause de la *ratio legis*, 58.
- Dispense** — ne peut être étendue, 44 ; en sens contraire, 53 ; — et équité, 180-185, 190.
- Doctrines** son rôle, 32, 34, 40, 53, 86, 138, 155 ; — et analogie, 95, 99, 114, 116, 125, 126 ; influence de de la Rote sur la — 250 ; la — en droit canonique, 261 ; voir *opinion commune*.
- Domaine** (de la loi) est-il indéfini ? 18-22, 26, 27 ; la *ratio legis* et le — 28, 31 ; extension du — au Moyen-Age, 3655, 114 ; détermination du — 65, 96, 108, 306 ; — des lois odieuses, 121 s.
- Domicile** cas de lacune législative, 67.
- Droit** son caractère réaliste, 31 ; — et *ratio*, 59, 62 ; sa nature équitable, 119, 173, 174 ; épikie, qualité du — 197.
- **canonique** — et droit civil, 8, 205 s. ; est un *ius aequum*, 204, intérêt de sa réponse à la question des lacunes de la loi, 8 ; — voir la table générale des matières.
- **civil** pouvoir de juridiction en — 69 ; les règles de — dans l'*arbitrium*, 84 s. ; le — est-il encore supplétif du droit canonique, 88-92 ; analogie et interprétation extensive en — 18, 125 ; emploi de l'analogie en — 127 ; les « *generalia principia juris* » et le — 156-159 ; influence du droit canonique sur le — 8, 205-208.
- **commun** dans l'interprétation, 27, 45, 120, 121 ; — et l'*arbitrium*, 85 ; — et le style de la Curie Romaine, 241 ; voir *ius commune*.
- **français** influence du droit canonique, 8.
- **italien** influence du droit canonique, 8 ; influence des tribunaux romains, 249-253.
- **naturel** conception des anciens, 31 ; rôle dans l'*arbitrium*, 85 ; droit — et droit civil, 91, 150 ; droit — et principes généraux, 156, 157 ; droit — et équité, 190, 191, 201, 209, 210.
- **objectif** création par le juge, 76.
- **positif** lacunes se produisant dans le — 13-21, 66 ; — et droit naturel, 31 ; — et principes de droit, 156 s. ; — et l'*arbitrium*, 85 ; intégration dans le — 211 s.
- **romain** sa doctrine de la *ratio legis*, 28-33 ; — et le juge, 7, 70 ; — et l'interprétation, 73, 83, 297 ; — et l'*arbitrium*, 85 ; — supplétif du droit canonique, 88 s. ; — et l'analogie, 97 s., 111 s., 118 s., 129 ; — et les principes généraux, 140, 145 ; — fondement des principes, 156 s. ; — et sa théorie de l'équité, 162-176, 186-191, 199 ; — et le *stilus*, 203, 205, 207, 209.
- **strict** et loi odieuse, 27 ; — et interprétation, 27, 44.
- **subjectif** nécessité, 76.
- Ecole bolonaise** à la fin du XIII^{me} s., 43, 47.

- Ecole française** sa théorie sur l'extension de la loi, 43, 45, 47-49.
- Election** extension interprétative de l' — 25.
- Emancipé** sa tutelle assimilée à celle des affranchis, 40 ; règle de droit civil, 91.
- Epikie** nature de l' — 160, 163 ; avant l'influence aristotélicienne, 193 s. ; la théorie d'Aristote, 197-200 ; théorie actuelle, 209-212.
- Equité** est-elle source de droit, 7-10, 17 ; — et la justice, 24 ; — et l'interprétation, 24 ; — et l'extension de la loi, 37-47 ; — et la fonction du juge, 69, 75, 86-88 ; — et l'*arbitrium*, 85 s. ; — et l'analogie, 118, 123, 165 ; — et les principes généraux, 142-146, 151, 157-160 ; — canonique, voir la table des matières ; — et les décisions de la Curie Romaine, 217, 252 s., 254 ; — et l'opinion commune, 262, 282, 295 ; — civile et naturelle, 85, 100, 191 ; — écrite et non écrite, 177, 183 s., 195 s., 197.
- Equivalent** (cas) solution du — 64.
- Erreur commune** et opinion commune, 270.
- Exception** de stricte interprétation, 27 ; extension par analogie d'une — 130 s. ; principes généraux du droit et — au point de vue logique, 141-151 ; intérêt des — 154, 160 s. ; fondement d'une — 185.
- Excommunication** 100 ; style de la Curie en matière d' — 225, 248 ; et l'opinion d'un docteur, 297.
- Exorbitant** détermination et solution, 26 ; l'extension du domaine de la loi aux *dispositions* — 41, 54, 58 ; l'extension analogique des *dispositions* — 109, 118 s.
- Extension** voir table des matières Première Partie, Section II — Deuxième Partie, Section I, le juge et l' — 75 s. ; — dans les principes généraux suivant I0. Basianus, 146 ; — d'une exception, 160 ; — et l'équité, 172 ; — de la coutume romaine, 241 s.
- Extravagante** valeur d'une décrétale. 217 s., 243.
- Favorable** (disposition) détermination, 26 s.
- Femmes** un statut pénal leur est-il applicable ? 44, 46 ; mariage de clercs et de laïcs hérétiques interdit avec — de secte différente, 102 ; extension d'un avantage accordé aux — 103 ; — a droit à la restitution de sa dot, 120, 175 ; — protégée contre un époux violent, 138.
- Filiation** origine romaine de cette théorie, 89.
- Fin** détermination de la matière, 26 ; — et la *ratio legis*, 29-33, 59, 61 ; importance de la — 59, 112-117 ; la fin suivant Suarez, 62 s. ; la fin et les principes généraux, 158 s. ; la fin et la correction de la loi, 194 ; l'équité et la fin du Christianisme, 204-207.
- Généralité** (des principes) faiblesse de ce caractère, 158 s. ; conséquence de cette — 197, 199.
- Gestion d'affaires** rôle de la loi sur la — dans l'évolution de la doctrine de la *ratio legis*, 40, 45 s., 50-55.
- Glose** autorité de la — 290 s.
- Histoire** importance pour les institutions juridiques, 9 ; — chez les canonistes, 126.
- Identité de raison** et domaine de la loi, 22 ; origine de la théorie, 39-42 ; développement et accroissement du domaine de la loi 43-62 ; critique de Suarez, 62-65 ; — et théorie de l'analogie, 104, 107, 110-123, 135 ; applications de l' — 128 ; — et les principes généraux : formation 138, 142 s., 146 s. ; fondement 151, base de la valeur 158-161.
- Induction** dans l'analogie 110, 211 ; — dans les principes généraux du droit, 139, 159.
- Inférence** dans l'analogie, 109 s., 221.

Intention (du législateur) élément essentiel de la loi 23-25 — et lacunes, 13-15 ; — et **ratio legis**, 32, 47, 56-61 ; — suivant Suarez, 65 ; — et analogie, 95, 99, 103-109 ; — base de l'analogie, 118, 134 s. ; — dans la théorie de l'épikie, 201, 209 s.

Interdit les — et la doctrine de l'extension de la loi, 37, 41-49 ; — et l'analogie, 107.

Interprétation sens du mot en droit romain suivant les glossateurs, 73 ; — le problème des lacunes, 16 ; pouvoir du juge en matière d' — 18, 73-76 ; — recours pour l' — au droit antérieur, 90, mobilité de l' — à cause de la **ratio legis**, 96, 103 ; — équité dans l' — au X^{me} s., 166 ; au XI^{me} s., 175 s. ; l'**aequitas constituta** et l'interprétation, 172 ; — épikie dans l' — 193 s., 220, 202, 208-211 ; — faite par le Prince, 217-220 ; — et le style de la Curie, 231-234.

- **compréhensive**, **déclarative**, **intellective**, origine, 63-65, 106 s.
- **doctrinale** importance de l' — dans l'Eglise, 261 ; rôle de l' — 262-264, 296 ; probabilité, ib. ; — d'une loi même claire, 273.
- **extensive** — et analogie, 17 ; — cas d' — 65 ; **extensio** et — 97-108.

Irrégularité analogie et — 130.

Juge question de ses pouvoirs en regard du droit positif, 7-26 ; — et la **ratio legis**, 58, 60 ; sa fonction législative, voir table, Partie II, Chapitre I ; but du canon, 20, 93, 119 ; facilité donnée par l'analogie, 95, 115, 118 ; — et législateur dans la création de la nouvelle norme, 117 ; — et les principes généraux, 137, 150, 155, 161 ; — et les principes historiques, 158 ; — et l'équité suivant les écoles de glossateurs, 175 s. ; l'équité-miséricorde et le — chez les canonistes, 183 ; l'équité et le — aux XIV^{me} et XV^{me} s., 193 ; — et l'équité aux temps modernes, 206, 208 s. ; la sentence du — devrait être rendue par écrit, 219 ; — introduit le style de la Curie ; à quelles conditions, 226-

237 ; les — et les décisions des Tribunaux romains, 257 ; le — doit estimer l'opinion commune, 271, 282 ; sanction contre les — qui n'auraient pas tenu compte de l'opinion commune, 285 s., 304 s. ; le — et la Glose d'Accurse, 290 ; cas où le — peut ne pas tenir compte de l'opinion commune, 295, 304 ; les — et l'opinion commune dans la pratique, 298-301 ; le — et la correction de la loi 193 s., 307.

Jugement extension analogique de loi concernant les — 127 ; le style et les — 228, 235.

Juridiction en droit canonique diffère du droit civil, 69 s. ; origine analogique du mandat — 128 ; recours devant la — supérieure, 133 ; double — des fidèles, 187 ; actes de — ordinaire, 234 ; délégation de — en jurisprudence, 254.

Jurisprudence son rôle, 87 ; la — du Tribunal de la Rote, 251-253 ; — des Congrégations romaines, 253-255.

Justice idéal de — et le juge, 9, 24, 31, 79, 80 ; raison et — 32 ; obligation de rendre la — 70-73 ; peines attachées à cette violation, 70-73, 80 ; égalité et — 134 ; charité et — 167 ; équité et — 168, 171, 189, 203-210 ; épikie et — 198-202 ; la Curie Romaine et la — 255.

Lacunes existence du problème des — 10 ; définition d'une — 13-16 ; position du problème des — 18 ; le droit canonique et les — 16-18 ; la **ratio legis** et les — 28, 54 s., 66 ; pouvoir du juge au cas de — 67, 74 ; les principes généraux et les — 137.

Laïcs extension aux — d'une loi, 102 ; les juges — et le privilège de clergie, 111 ; les — dans les élections, 224.

Lectura les juristes dans les — 282.

Législateur dans quel sens entendre les omissions inévitables du — 14-19 ; le domaine de ses prévisions : sa détermination par l'intention,

23 s. ; les termes de la loi, 24 s. ; la matière de la loi, 25 s. ; la **ratio legis**, 28-63 ; le juge — 69 ; sens de cette expression, 72-76 ; le — et l'analogie, 95 ; le — est-il entièrement libre ? 116.

Legs nullité d'un — entraînée par une fausse cause, 142 s.

Liberté du juge qui a reçu un conseil, 80 ; la — du juge pour résoudre une lacune est-elle entière ? 80 s., 84 ; — dans le choix des moyens, 88 ; — du législateur, 116 ; — principe de solution en matière de suppléance, 221 ; — relative au cas de style de Curie, 244.

Logique lien de la — avec la vie, 116 ; problèmes — soulevés dans l'étude des principes de droit, 140 s., 148 ; principes — du droit, 158 s.

Loi son caractère essentiel en droit canonique, 23 s. ; éléments qui permettent de mieux connaître la loi : termes, 24 s., matière, 25 s., **ratio legis**, 28 s., travaux préparatoires, 30 ; évolution de l'extension de la — du XI^{me} au XVI^{me} siècle, 37-65 ; le juge et l'application de la — 71 s. ; les tribunaux supérieurs et la correction de la — 72 ; extension de la — et analogie, 100-108 ; analogie de la — 109 s. ; les principes généraux sont tirés de la — 157 s. ; le style de la Curie a la force de — 231 s. ; l'opinion commune a force de — 284 s. ; les sentences judiciaires du Pape ont-elles force de — 216-220 ; — odieuse, 27 ; — pénale, 27 ; — irritante et inhabilitante, 130.

Majorité des auteurs dans l'opinion commune, dans les textes législatifs, 264 s. ; chez les glossateurs et les décrétistes, 266-268 ; chez les commentateurs, 272-274 ; dans la doctrine de Coras, 276-281.

Mariage adoption comme empêchement de — 90 ; prêtre assistant au — 112 ; extension de dispositions sur le — à la profession religieuse, 127 ; aux fiançailles, 128 ; et inversement, 128 ; annulation de

— 129 ; vœu solennel de chasteté et — 248 ; jurisprudence rotale en matière de — 251 ; jurisprudence des Congrégations romaines, 254 ; faveur accordée au — et opinion commune, 294 s.

Matière pour découvrir l'intention du législateur, 21 s., 23 ; effet de la — 26 s. ; — différente pour l'analogie, 63 ; — au cas de double similitude, 117 ; où l'analogie fut plus employée, 124, 130 s. ; — à ne pas dépasser dans l'emploi des principes généraux, 151 s.

Maximes assimilation aux règles de droit, 144, 151.

Mens legis dans l'interprétation, 23 ; **ratio legis** et — 33 ; extension illimitée donnée à la **mens** avec le développement de la théorie de la **ratio**, 36-65 ; extension au-delà de la — interdite aux interprètes, 75 ; — **extensiva** de Jean d'Imola, 63, 118 s. ; la — et l'équité, 171 ; la — et l'épique, 193 s. ; la — et le style, 232.

Méthode et le but, 15 ; voir **dialectique**, **analogie**, **principes généraux**, **style**, **opinion commune**.

Mineur émancipé, 91.

Misericordia la — rigor aux XI^{me} et XII^{me} siècles, 164-168 ; tendance du droit byzantin à la — 171 ; — et équité, 176-180 ; ius et — 186 ; dans le droit actuel, 303.

Nombre des docteurs, 276.

Nullité de sentence opposée à la **ratio**, 57 s. ; appel d'une sentence entachée de — 78 ; extension de la — d'une promesse de dot arrachée par la force, 102 ; — de sentence opposée à une règle de droit, 149 ; en sens contraire, 161 ; — de mariage **ex vi et metu**, 251 ; — des mariages clandestins contractés par les hérétiques, 254 ; — de sentence rendue contrairement à l'opinion commune, 286, 304 ; au sujet de la Curie, 231.

Observance ce qu'elle concerne, 228.

- Occasion** ou cause impulsive de la loi, 29 s.
- Odieux** détermination du caractère — 26 s. ; extension refusée par la Glose aux lois — 41 ; en sens contraire, 50, 53 s. ; analogie et lois — 103.
- Office** — et le style, 228, 233 ; observation locale, 237.
- Officialité** 71.
- Omissions** voir lacunes.
- Opinion commune** voir Quatrième Partie, Section II ; solution du Code 10, 82, 86 s. ; exception à la doctrine sur l'interprétation des auteurs, 77, 263 s. ; doctrine de l' — sur la similitude à choisir, 117 ; sur l'emploi de l'analogie, 126 ; les règles de droits et l' — 161 ; le style de la Curie et l' — 245.
- Pacte** — pourvu d'une action par le droit canonique, 186 s.
- Pape** recours au — 67, 71-75 ; extension d'une décision judiciaire du — 99 ; activité législative des — au Moyen Age, 127 ; le — et la Réforme grégorienne, 165-168 ; hésitation des — sur la tendance à imprimer au droit canonique, 205 ; les sentences judiciaires du — au Moyen-Age, 216-220, depuis le Code, 256 s. ; le style de la Curie et le consentement du — 235, 242, 258 ; le — et le style de la Curie Romaine, 242-248.
- Parité** voir identité de raison, 62.
- Paternité spirituelle** 94.
- Pauvres** — et la législation ecclésiastique, 187.
- Peines** — sont des dispositions odieuses, 26 ; doctrine de la glose, 41 ; de la glose des Décrétales, 44 ; extension au Moyen-Age, 52-59 ; — du déni de justice, 71 ; extension analogique, 120-123, 130 ; — et équité, 183 ; influence du droit canonique au point de vue des — 206 ; — attachées à la violation de l'opinion commune, 279, 285 s., 304.
- Personnes morales** 89.
- Positivisme** 31.
- Postulation** 25.
- Praejudicia** différence avec le style, 234 ; théorie de Zech, 236 s.
- Pratique** voir style ; — de la Curie à l'égard du droit civil ou du droit romain, 89 ; — de l'analogie, 126 ; — et équité, 208 ; influence de la Rote sur la — 248-252.
- Prescription** — est corrigée par le droit canonique, 120, 186 s., 206 ; avantages de la — étendus, 129 ; — est contraire au droit naturel, 180.
- Présomption** — moyen d'étendre le domaine de la loi, 14, 43 ; dans quel cas la — est seule légitime, 65 ; — accordée à celui qui allègue une règle de droit, 148, 160 s. ; — et l'équité suivant Suarez, 201, 209 ; — comme fondement de l'opinion commune, 275, 283, 292 s., 303 s.
- Prêt** à intérêt contraire à l'équité naturelle, 206.
- Preuve** charge de la — à celui qui attaque une *ratio legis*, 57 s., 113 ; un principe de droit, 149, 151, 155, 161 ; — de l'opinion commune, 277.
- Principes généraux** voir la Table des Matières, Troisième Partie, Section II. Solution donnée par les — 10, 13, 16 ; — fondement des lois, 31 ; — prévus dès le X^{me} s., 83-90 ; — et *analogia iuris*, 109 ; — dans le droit canonique, 117 ; les — et l'équité, 167, 181, 306 ; les exceptions aux — et l'équité, 204.
- Privilèges** — ne s'étendent pas, 44, 61, 98 ; preuve des — 111 ; — sont contraires à l'équité, 121 ; lois sur les — étendues aux témoins ; — de l'Eglise Romaine, 241.
- Probable** interprétation des docteurs — 77, 262 ; décisions du Tribunal de la Rote — 244 s.

Procédure le style de la Curie concerne la — 228-236 ; — d'accusation et inquisitoriale, 151.

Proverbes 198.

Raison — raison de la loi, voir **ratio legis** ; — identité de raison, voir **identité** ; — caractère essentiel de la loi, 23 s. ; — naturelle supplée la loi positive, 83-88 ; et équité naturelle, 173-175, 182-186, 190-193, 206-212 ; — et Révélation, 206 s., 307 ; — à opposer au style de Curie, 258 ; à l'opinion commune, 293.

Ratio (legis) — voir Table générale des matières. Première Partie, Section II, Chapitres II, III, IV ; — **scripta**, 90, 307 ; — et le développement de l'analogie, 96, 101, 103, 107 ; — et la théorie de l'analogie, 110, 112, 115 ; — et le fondement de l'analogie, 119, 127, 135 ; — et les principes généraux, 137 ; — fondement des principes généraux, 158-160 ; — et les opinions communes, 292 s.

— **iuris** ou esprit du droit, 31 ; rôle dans l'analogie, 117-123.

Récusation d'un juge, 78.

Règle voir **principes généraux**.

— **catonienne**, 43, 46.

Relatio dans l'ancien droit au cas de doute de droit, 73 s. ; dans le droit actuel, 74.

Renaissance — du XI^{me} s., 36, 124, 155, 169 s. ; — du XV^{me} s., 153, 175, 195, 197, 299.

Rescrit — favorable 26 ; interprétation des — 60, 125 ; les — de justice, 220, 248 ; le style dans les — 225, 230, 242 ; les — de chancellerie, 248.

Ressemblance — dans l'analogie, 113, 117, 130.

Révélation — et le contenu de l'équité, 207, 212 ; — et la raison, 307.

Rigor — dans la législation canonique du XI^{me} s., 166-169 ; — et équité : origine de ces notions, 174-178 ; rôle dans l'interprétation, 179-191 ; disparition théorique, 195 s. ; — du droit civil, 186 s.,

207 ; opposition de principe du droit canonique à la — 203-211.

Rote (romaine) la loi suivant la — 23 ; l'extension de la loi d'après la — 59 ; la — et le droit civil, 89 ; la distinction d'**aequitas scripta** et **non scripta** à la — 197 ; l'équité à la — 205 ; l'**arbitrium** — 211 ; l'autorité des décisions de la — 243-246 ; leur influence, 248-253 ; l'opinion commune et les décisions de la — 292.

— **italiennes**, leur rôle, 251.

Saint autorité des écrits d'un — 293.

Saint-Siège voir **Pape**.

Savant le rôle des — dans les tribunaux, 79 ; leur valeur 283.

Sécurité recherchée dans la solution par le juge des cas omis, 9, 60, 77 s., 213.

Sentences — rendue au nom de la loi ou en équité, 21 ; nullité de — rendue contre la **ratio legis**, 37 s. ; interprétation des — 61, 99 ; pouvoir de rendre des — 73, 76-80 ; extension d'une — 106 ; nécessité d'intégrer une — dans le droit positif, 115 ; extension de lois sur les — à l'avis du procureur, 127 ; nullité de — contraire aux principes de droit, 149, 161 ; les — du Pape, 216-220, 257 ; les — et le style de la Curie, 229-237 ; les — (décisions) de la Rote, 244-247.

Signature Apostolique appel de décisions de la — 78 ; la — et le droit romain, 89 ; — n'a pas le droit d'interprétation authentique, 257.

Similitude — de **ratio legis**, 22, 36 ; influence de la — sur l'extension de la loi, 41, 48, 52-56, 58, 61-65 ; au cas de récusation, 78 ; — pour résoudre un cas omis, 85, 87 ; analogie et similitude, voir table des matières, Troisième Partie, Section I, Chapitre, I, II. — et les principes généraux, 159 ; — de droit positif et d'équité, 191.

Singulier extension de dispositions — 53.

Syndicat notion 80 ; sanction de l'opinion commune, 286, 292 ; disparition au XVIII^{me} s. 286.

Société cléricale cas omis dans la législation, 67.

Sous-diacre — devient ordre sacré, 57.

Statut — défavorable, 27 ; **ratio** d'un — 33 s. ; — étendu par Iac. de Arena, 52, 58, 60 ; — et le recours aux savants, 79 s. ; extension d'un — 106, 119, 122 ; extension de loi sur les statuts, 127 ; influence de la cause des — 166 ; les juges peuvent faire des — 231 ; interprétation d'un — 234.

Strict (droit) dispositions de — 27, 130 ; leur extension analogique, 131 ; les canons de — au XI^{me} s., 165 ; équité et — 174-177, 184, 192.

Stipulation pour autrui en droit canonique, 175.

Style opposition du — de la Curie Romaine à la « relatio », 74 ; condamnation par le syndicat d'un contempteur du — 80 ; pour guider le juge emploi du — 86-88 ; le — de la Curie et son évolution, voir la table générale des matières, Quatrième Partie, Section I, Chapitre II ; le juge et le — 306 ; — matériel et formel, 228, 231, 235, 255, — interprétatif, 2333 s. ; — *iuris, facti*, 235.

Subtilitas — du droit et équité, 174.

Succession motif d'un statut — 27 ; statut — étendu par Iacobus de Arena, 45, 51 ; extension analogique d'une loi — 112 ; — doit respecter la volonté du testateur, 206.

Suppléance — et interprétation, 16 ; — du droit civil et du droit romain, 88 ; analogie et suppléance, 95.

Société — et loi 23 ; but de la loi est le bien de la — 26 ; la loi est nécessaire à la — 29 ; la justice et le bien de la — 32 ; l'équité et le bien de la — 166 s. ; obli-

gation légale relativement à la — 200 ; l'équité et la — 204 s., 207 ; fin de la — ecclésiastique, 211.

Systématisation — du droit par les principes généraux, 240, 158-155.

Témoignages — extension d'une loi sur les — 110, 127.

Termes importance pour l'interprétation, 21 ; les — ne permettent pas une extension indéfinie de la loi 22 s. ; la matière ne permet pas d'étendre une disposition au-delà des — 27 ; une disposition peut-elle être étendue au-delà des — de la loi à cause de la **ratio legis**, 28-65 ; généralité des principes, 45 s.

Travaux préparatoires leur utilité pour la connaissance de la **ratio**, 30.

Tribunaux supérieurs — n'ont pas le pouvoir d'interprétation authentique, 57 ; — et la transgression des lois, 72.

Tutelle extension de dispositions concernant la — 39 s. ; recours au droit civil au cas de — 91 ; acte de — devenu de juridiction ordinaire, 234.

Unanimité — requise pour l'opinion commune suivant l'Hostiensis, 278, suivant Suarez, 302, dans la doctrine actuelle, 303 ; — de la doctrine à propos de certains canons, 296.

Usage — d'un juge ou d'un office, 227, 229, 231 ; interprétation de la décrétale **Ex litteris** en faveur d'un — 230 ; création d'un — 236.

Usure l'opinion commune sur l'héritage d'un usurier, 277 s. ; l'autorité d'un Saint en matière d' — 293 ; l' — est contraire à l'équité naturelle, 187, 206.

Utile (voir **action**) action — accordée en vertu de l'interprétation, 37, 52 ; — fondée sur l'équité, 175.

Uti possidetis (interdit) — étendu analogiquement 40, 47, 49, 51.

Utrubi extension analogique de l'interdit — 47.

Valeur — de l'analogie, 132 ; — des principes généraux, 159 ; — du style de la Curie, 257 s. ; — de l'opinion commune, 304 s. ; — de la Grande Glose, 289-292.

Volonté (du législateur) voir **intention du législateur** ; la solution du problème des lacunes et la — 18 s. ; — est l'élément capital de l'intention, 23, 158 ; — et raison, 24 ; discussion au Moyen-Age sur l'élément prédominant, 23 ; moyens d'expression de la —

25 s., 28 ; condition pour présumer raisonnablement la — 60-65 ; l'analogie se trouve hors du champ de la — 78 ; l'analogie ne peut se pratiquer contrairement à la — 118 ; celle-ci est équitable, 23 ; la — n'est pas exprimée dans les principes, 148 ; le *ius* ajoute la — à l'équité, 172-174 ; les commentateurs cherchaient avant tout à étendre la — 189, 192 s. ; la — et la correction de la loi, 193, 200-202 ; la — dans l'*auctoritas rerum perpetuo iudicatarum*, 221 ; la — dans les rescrits de justice, 257.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Le problème des pouvoirs du juge et les réponses faites. — Intérêt de la réponse du droit canonique. — Divisions de l'ouvrage

PREMIÈRE PARTIE

LE PROBLEME DES LACUNES DE LA LEGISLATION POSITIVE

SECTION I

Les lacunes du droit positif

§ I. — Comment se pose le problème. — 1. Différents sens du mot « lacune ». — 2. Le sens adopté : raisons ; réponse aux objections	13
§ II. — La réponse du droit canonique est-elle évidente ? — 1. Dans l'ancien droit. — 2. Depuis le Code	16
§ III. — Le principe de solution du problème. — 1. L'origine du pouvoir judiciaire. — 2. La loi et sa nature	18

SECTION II

Le domaine d'application de la loi est-il indéfini ?

Chapitre I. — L'intention du législateur, les termes et la matière de la loi

§ I. — L'intention du législateur. — 1. Ses éléments : la volonté ; la raison. — 2. Réponse négative	23
§ II. — Les termes de la loi. — 1. Volonté explicite. — 2. Réponse négative	24
§ III. — La matière de la loi. — 1. Volonté implicite. — 2. Sa détermination. — 3. Réponse négative	25

Chapitre II. — La *ratio legis*

§ I. — Sa notion : cause finale intrinsèque ; extrinsèque : occasion ; cause	29
§ II. — Légitimité de son emploi	30
§ III. — Conditions d'emploi : certaine ; unique ; adéquate	32

Chapitre III. — La *ratio legis* et l'extension de la loi

- § I. — De la fin du XI^me au milieu du XIII^me siècle. — 1. Les glossateurs. — 2. La Grande Glose. — 3. Les canonistes 37
- § II. — Du milieu du XIII^me au XVI^me siècle. — 1. Ecole italienne avant Cinus. — 2. Ecole française d'Orléans. — 3. — Commentateurs ou canonistes postérieurs à Cinus 43

Chapitre IV. — La solution de Suarez

- § I. — Les divergences au XVI^me siècle. — 1. Dans la doctrine. — 2. Leur importance pratique 55
- § II. — Les arguments des thèses en présence. — 1. Ceux de l'extension indéfinie de la loi. — 2. Ceux d'une plus nette délimitation 58
- § III. — La solution de Suarez. — 1. Ce qu'elle est. — 2. Ses arguments. — 3. Précisions des canonistes après Suarez 62

Conclusion : existence de lacunes en droit positif

DEUXIÈME PARTIE

LA FONCTION JUDICIAIRE

Chapitre I. — Le juge-législateur

- § I. — Obligation de rendre la justice. — Obligation de juger : origine ; la tradition. — Conformément aux lois 69
- § II. — Recours au Pape ou juge-législateur ? — Recours au Pape : principe ; la « *relatio* ». — Solution extraordinaire 72
- § III. — Le pouvoir du juge. — Pouvoir reconnu dans l'ancien droit ; serait-ce un pouvoir législatif ? — Le juge et l'interprète 74
- § IV. — Les garanties des justiciables. — Actuellement existantes : évocation en Cour de Rome ; récusation ; appel ; recours aux docteurs ; disparue : le syndicat des juges 77

Chapitre II. — La solution du Code

- § I. — La solution de l'ancien droit. — Suivant M. Falco ; — l'ancien droit : théories de l'*arbitrium* ; de l'analogie ; des principes généraux du droit. — La coutume : style et pratique de la Curie ; opinion commune des docteurs 82
- § II. — Le rôle de l'équité. Séparée des principes généraux ou les modifiant. Solution 86
- § III. — Ordre à suivre par le juge. — Suivant S. d'Angelo ; réfutation 88
- § IV. — Le droit romain et le droit civil sont-ils des sources supplétives ? — Avant le Code ; depuis : en ce qui concerne le droit romain ; pour le droit civil 88

Conclusion : les principes d'interprétation du droit canonique

TROISIÈME PARTIE

LES ELEMENTS RATIONNELS

SECTION I

L'analogie

Chapitre I. — La terminologie

- § I. — Processus ad similia, ad consequentiam, similitudo, extensio.
— Les textes authentiques : en droit romain ; en droit canonique ; jusqu'à Grégoire IX 97
- § II. — Jusqu'à Jean d'André 100
- § III. — Jean d'André et les commentateurs postérieurs 104

Chapitre II. — La théorie de l'analogie dans l'ancien droit

- § I. — Le caractère extensif de l'analogie. — Extension d'un cas particulier 109
- § II. — Identité ou similitude. — Exemples. — Conditions. — Valeur 110
- § III. — La plus grande ressemblance 116
- § IV. — L'équité. — Est-ce l'intention du législateur ? — En quoi elle consiste. — Conséquences sur les dispositions : correctives ; exorbitantes ; pénales 118

Chapitre III. — Usage de l'analogie dans l'ancien droit

- § I. — Son emploi. — Le Moyen-Age. — Alciat et le XVI^{me} siècle.
— Depuis le XIX^{me} 124
- § II. — Critiques de l'argument d'analogie 126
- § III. — Matières où il fut le plus employé 127
- § IV. — Canons d'origine analogique 128

Chapitre IV. — Théorie de l'analogie

- § I. — La législation sur l'analogie. — Les dispositions du Code. — Les lois de stricte interprétation et les exceptions au droit commun 130
- § II. — Valeur de l'argument d'analogie. — L'analogie en général.
— Analyse de l'analogie juridique. — Sa valeur 132
- § III. — Fondement de l'analogie 135

SECTION II

Les principes généraux du droit

Chapitre I. — La théorie dans l'ancien droit

- § I. — Formation. — Influence de la doctrine. — Droit romain et droit canonique 138

§ II. — La doctrine des glossateurs et des canonistes. — Bulgarus. — Placentin. — Io. Bassianus. — Azo. — La Grande Glose. — Goffredus de Trano. — Ioannes Tentonicus. — L'Hostiensis..	140
§ III. — L'établissement de la doctrine. — Dynus. — Magellanus. — Jean d'André	145
§ IV. — Les effets juridiques. — Les auteurs postérieurs. — Avant Alciat. — Le XVI ^{me} siècle	148
§ V. — Règles et maximes de droit	151

Chapitre II. — L'influence exercée par les « *regulae iuris* »

§ I. — Méthode et pratique des juristes	153
§ II. — Les recueils de « <i>regulae</i> »	155

Chapitre III. — Théorie des principes généraux depuis le Code

§ I. — Origine. — Les thèses en présence. — Origine exclusivement canonique	156
§ II. — Leur fondement	158
§ III. — Valeur des principes généraux. — Analyse de leur processus. — Valeur relative	159
§ IV. — Effets juridiques	161

SECTION III

L'Équité canonique

Chapitre I. — Le concept d'équité chez les canonistes du XI^{me} et du début du XII^{me} siècle

§ I. — La <i>misericordia-rigor</i> . — La Réforme grégorienne. — Le Pape Urbain II. — La règle de conciliation chez Bernald de Cons-tance et Yves de Chartres	164
§ II. — L' <i>aequitas-iustitia</i>	168

Chapitre II. — L'*aequitas* du droit romain chez les glossateurs

§ I. — Les premiers glossateurs. — Romanistes et canonistes. — Les premiers romanistes. — Irnérius	170
§ II. — Les disciples d'Irnérius. — La notion d'équité. — L'inter-prétation : les Gosianistes ; les Bulgariens	171

Chapitre III. — L'*aequitas* dans le droit canonique classique

§ I. — La notion d' <i>aequitas</i> . — L' <i>aequitas-iustitia</i> ; l' <i>aequitas-misericordia</i> chez les décrétistes et les décrétalistes	179
§ II. — L' <i>aequitas</i> dans l'interprétation. — Gratien. — Les tenden-ces opposées parmi les canonistes	183
§ III. — Conflit des lois civiles et canoniques. — Le principe. — Applications aux prescriptions et aux <i>pacta nuda</i>	186

Chapitre IV. — L'équité chez les commentateurs des XIV^me et XV^me siècles

- § I. — La notion d'**aequitas**. — L'Ecole française. — Les commentateurs 189
- § II. — L'**aequitas** et l'interprétation 192
- § III. — La correction de la loi 193

Chapitre V. — L'équité depuis la Renaissance

- § I. — Son œuvre négative. — **Aequitas et rigor**. — **Aequitas scripta et aequitas non scripta** 195
- § II. — L'influence d'Aristote. — Aristote et Saint Thomas d'Aquin. — **aequitas** et épikie. — Origine aristotélicienne 197
- § III. — Depuis Suarez. — Suarez. — Les canonistes postérieurs ..

Chapitre VI. — L'équité depuis le Code

- § I. — La tradition. — L'**aequitas-justice**. — L'épikie 203
- § II. — Le problème d'interprétation. — Solutions proposées. — Critique 206
- § III. — Le problème de suppléance. — Théorie de Del Giudice. — Critique 208
- § IV. — Aspect positif de l'équité 211

Conclusion

QUATRIÈME PARTIE

LES ELEMENTS POSITIFS

SECTION I

Le style et la pratique de la Curie Romaine

Chapitre I. — Les sentences pontificales et l'« *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* » dans l'ancien droit

- § I. — Les jugements pontificaux. — Avant Accurse ; — la théorie d'Accurse ; — la théorie des légistes ; — la théorie de Suarez. 216
- § II. — L'« *auctoritas* ». — La doctrine des glossateurs ; — celle de Vincent d'Espagne ; — celle de Jean d'André 221

Chapitre II. — La théorie du « *stylus Curiae* » dans l'ancien droit

- § I. — L'extension du terme. — Origine ; — coutume dans la rédaction des écrits ; — procédure ; fonds des jugements 223
- § II. — Les effets juridiques 230
- § III. — Depuis Suarez. — L'extension du terme ; — les effets juridiques : il fait le droit ; — étendue de cette obligation 233

Chapitre III. — Le « *stylus Curiae Romanae* »

- § I. — Dans l'ancien droit. — origine ; — développement 238
- § II. — Le tribunal de la Rote. — Son autorité 243

Chapitre IV. — Rôle de ces institutions dans l'ancien droit

§ I. — Les jugements du Pape	247
§ II. — Les coutumes romaines	248
§ III. — Les décisions rotales. — Extension de leur influence ; — influence : suivant les témoignages ; — exercée : en droit civil et canonique sur la doctrine, la pratique, la législation dans quels sens	248
§ IV. — Les décisions de Congrégations romaines. — Origine ; — influence : suivant les témoignages ; exercée en fait dans la pratique et la législation	253

Chapitre V. — La théorie après le Code

§ I. — De quel style parle le Code	256
§ II. — Quelle est l'autorité du style	258

SECTION II

L'opinion commune des Docteurs

Chapitre I. — La notion d'opinion commune dans l'ancien droit

§ I. — L'interprétation doctrinale. — Le fait ; — l'explication ..	262
§ II. — L'opinion commune. — Les textes législatifs ; — les glossateurs, décrétistes et compilations	264
§ III. — Glossateurs	266
§ IV. — Décrétalistes	269
§ V. — Commentateurs	272

Chapitre II. — Conditions à remplir par l'opinion commune. — Ses effets juridiques

§ I. — Fondement de la théorie. — La glose du Décret ; — la théorie.	275
§ II. — Le nombre d'auteurs requis. — L'unanimité ; — importance relative à l'autorité	276
§ III. — L'autorité. — Le savoir du docteur ; — sa moralité	280
§ IV. — La valeur des écrits doctrinaux. — Points traités « ex professo » ; — autres cas	282
§ V. — Les effets juridiques. — Effets reconnus ; — s'impose-t-elle nécessairement ?	284

Chapitre III. — Les exceptions à la théorie

§ I. — Une opinion plus commune	288
§ II. — Des autorités externes. — La Grande Glose ; — le tribunal de la Rote ; — Innocent IV, l'Archidiaque, Jean d'André, le Maître	289
§ III. — Autres exceptions. — Au cas d'une meilleure raison en sens contraire. — Faveur attribuée au mariage, aux testaments, à la liberté	292

Chapitre IV. — Rôle joué par les opinions communes. — Abus de la théorie . .

§ I. — L'opinion commune et la législation canonique. — Influence sur le Code ; — influence sur la législation antérieure	296
§ II. — L'opinion commune et la pratique. — Influence sur la doctrine ; — influence sur la pratique judiciaire	298
§ III. — Les abus de la théorie. — La Renaissance ; — au XVIII ^{me} siècle	300

Chapitre V. — La théorie de l'opinion commune après le Code

§ I. — La notion d'opinion commune	303
§ II. — Conditions à remplir	304
§ III. — Valeur juridique de l'opinion commune	304

Conclusion	307
------------------	-----

Bibliographie	309
---------------------	-----

Table Alphabétique des Matières	323
---------------------------------------	-----
